



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EN LA
JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES
REGIONALES EUROPEOS

Carolina Soler García



Tesis **Doctorales**

UNIVERSIDAD de ALICANTE

Unitat de Digitalització UA
Unidad de Digitalización UA



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

ÁREA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y RELACIONES
INTERNACIONALES

FACULTAD DE DERECHO

LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES REGIONALES EUROPEOS

CAROLINA SOLER GARCÍA

Tesis presentada para aspirar al grado de
DOCTORA POR LA UNIVERSIDAD DE ALICANTE

MENCIÓN DE DOCTORA INTERNACIONAL

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO

Dirigida por:

JAUME FERRER LLORET

ELENA CRESPO NAVARRO

Alicante, abril de 2019

NOTA PRELIMINAR

Esta Tesis Doctoral se enmarca dentro de las actividades de investigación desarrolladas como miembro del proyecto de investigación “La Unión Europea frente a los Estados fracasados de su vecindario: retos y respuestas desde el Derecho internacional (II)” (DER2015-63498-C2-2-P [MINECO/FEDER]), cuyo investigador principal es el Prof. D. Jaume Ferrer Lloret.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

ÍNDICE

ABREVIATURAS	1
---------------------------	----------

INTRODUCCIÓN

1. OBJETO DE INVESTIGACIÓN	4
2. METODOLOGÍA Y FUENTES DE CONOCIMIENTO	18
3. PLAN DE EXPOSICIÓN	21

INTRODUCTION

1. SUBJECT OF INVESTIGATION.....	25
2. METHODOLOGY AND DOCUMENTARY SOURCES.....	39
3. THESIS OVERVIEW.....	41

CAPÍTULO I: LÍMITES A LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS

1. INTRODUCCIÓN	46
2. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL: PARÁMETROS DE EVALUACIÓN DE LAS SOLICITUDES	53
2.1. El estatuto de refugiado y el estatuto de protección subsidiaria: consideraciones generales	53
2.2. La valoración de los hechos y circunstancias que fundamentan la solicitud de protección internacional	57
2.2.1. Criterios generales de valoración	57
2.2.2. La valoración de la credibilidad del solicitante de protección internacional	61
3. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL MEDIANTE EL RECONOCIMIENTO DEL ESTATUTO DE REFUGIADO.....	64
3.1. Los criterios generales que configuran el estatuto de refugiado	64
3.1.1. La noción de “refugiado”	64
3.1.2. La noción de “persecución”	65
3.1.3. La forma y gravedad que deben revestir los actos de persecución.....	67
3.2. Los motivos de persecución	72
3.2.1. La persecución por motivos de índole religiosa	72
3.2.2. La persecución por la pertenencia a un determinado grupo social: el concepto de grupo por razón de la orientación sexual.....	77
3.3. Las causas de cese del estatuto de refugiado.....	80
3.4. Las causas de exclusión del estatuto de refugiado	83
3.4.1. La exclusión de extranjeros que reciben protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto de ACNUR	85
3.4.2. La exclusión por la comisión de delitos antes de la solicitud del estatuto de refugiado	88

3.5. El principio de <i>non refoulement</i> de conformidad con el DI de los Refugiados.....	93
4. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL MEDIANTE EL RECONOCIMIENTO DEL ESTATUTO DE PROTECCIÓN SUBSIDIARIA	99
4.1. La naturaleza y los rasgos definitorios del estatuto de protección subsidiaria ..	99
4.2. La consideración de daños graves como requisito para la obtención del estatuto de protección subsidiaria	101
5. A MODO DE RECAPITULACIÓN	108

CAPÍTULO II. EL RESPETO DE LOS DERECHOS INDEROGABLES (I): EL DERECHO A LA VIDA COMO LÍMITE A LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

1. INTRODUCCIÓN	115
2. EL RESPETO DEL DERECHO A LA VIDA EN EL COE	119
2.1. La paulatina abolición de la pena de muerte como límite a la expulsión de extranjeros	119
2.2. La aplicación de la pena de muerte y la denegación de un juicio justo en el Estado de destino.....	126
2.3. El rol activo del Estado parte en la salvaguardia del derecho a la vida de los extranjeros	130
2.3.1. El deber de investigación de las circunstancias que rodean el peligro para la vida del extranjero	130
2.3.2. El respeto del derecho a la vida y el rescate de personas en peligro en el mar.....	134
3. A MODO DE RECAPITULACIÓN	137

CAPÍTULO III. EL RESPETO DE LOS DERECHOS INDEROGABLES (II): LA PROHIBICIÓN DE LA TORTURA, PENAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES COMO LÍMITE A LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

1. INTRODUCCIÓN	140
2. EL CARÁCTER ABSOLUTO DEL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN DE CONFORMIDAD CON EL ART. 3 DEL CEDH.....	147
3. LA VALORACIÓN DEL RIESGO PREVISIBLE EN CASO DE EXPULSIÓN ..	153
3.1. La carga de la prueba indiciaria	153
3.2. Los factores de evaluación del riesgo de tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes en caso de expulsión.....	156
3.2.1. La valoración del elemento objetivo	156
3.2.2. La valoración del elemento subjetivo.....	160
4. LA NOCIÓN DE CONTROL EFECTIVO EN LA APLICACIÓN DEL ART. 3 DEL CEDH EN CASOS DE EXPULSIÓN.....	164
5. LOS ACTOS PROHIBIDOS POR EL ART. 3 DEL CEDH ATRIBUIBLES A ACTORES NO ESTATALES	168

6. LA APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES ANTE EL RIESGO DE VULNERACIÓN DEL ART. 3 DEL CEDH EN CASO DE EXPULSIÓN.....	172
7. LA PROHIBICIÓN DE EXPULSIÓN POR MOTIVOS DE SALUD	178
7.1. La línea jurisprudencial establecida en <i>D. c. Reino Unido</i>	178
7.2. La línea jurisprudencial establecida en <i>Paposhvili c. Bélgica</i>	185
8. LAS GARANTÍAS DIPLOMÁTICAS PARA EXPULSAR A UN EXTRANJERO ANTE EL RIESGO DE TORTURAS, PENAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES	190
8.1. Fundamento de las garantías diplomáticas	190
8.2. Los criterios de valoración de la fiabilidad de las garantías diplomáticas	193
9. LAS ALTERNATIVAS DEL ESTADO ANTE LA PROHIBICIÓN DE EXPULSIÓN POR EL RIESGO DE VULNERACIÓN DEL ART. 3 DEL CEDH.....	205
9.1. La reubicación del extranjero en el Estado de origen o “internal flights”	205
9.2. La expulsión del extranjero a un tercer Estado “seguro”: criterios de determinación	209
9.2.1. El principio de “ <i>non refoulement</i> indirecto” como condición para la consideración de un Estado como seguro.....	209
9.2.2. Los criterios para la determinación de “Estado seguro” a la luz de la jurisprudencia sobre el “Sistema Dublín”	211
10. A MODO DE RECAPITULACIÓN	221

CAPÍTULO IV. LA PROHIBICIÓN DE LAS EXPULSIONES COLECTIVAS DE EXTRANJEROS

1. INTRODUCCIÓN	228
2. EL CONCEPTO DE EXPULSIONES COLECTIVAS DE EXTRANJEROS	232
2.1. La exigencia de un examen razonable y objetivo.....	233
2.2. La exigencia de un examen individual de la situación de cada extranjero objeto de expulsión.....	235
2.3. Otras exigencias	240
2.3.1. Los requisitos formales	240
2.3.2. Los requisitos personales	241
2.3.3. Los requisitos procesales.....	241
3. LA APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LA PROHIBICIÓN DE LAS EXPULSIONES COLECTIVAS DE EXTRANJEROS	243
3.1. La noción de control efectivo	243
3.2. La aplicación extraterritorial en el medio marítimo: el <i>leading case Hirsi Jamaa y otros c. Italia</i>	244
3.3. La aplicación extraterritorial en la gestión de las fronteras terrestres: el <i>leading case N.D. y N.T. c. España</i>	248
3.4. La prohibición de diseñar y ejecutar políticas contrarias al art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH	253
4. A MODO DE RECAPITULACIÓN	256

CAPÍTULO V. EL RESPETO DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR COMO LÍMITE A LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

1. INTRODUCCIÓN.....	259
2. EL ALCANCE DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR DEL EXTRANJERO COMO LÍMITE A SU EXPULSIÓN.....	262
2.1. El derecho a la vida privada y familiar en el CEDH: un derecho que admite injerencia.....	262
2.2. El DUE protege el derecho a la vida familiar del extranjero a través del derecho a la reagrupación familiar y el disfrute de los derechos inherentes al estatuto de ciudadanía europea.....	265
3. LA ACREDITACIÓN DE LA INTERFERENCIA EN LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR DEL EXTRANJERO COMO CONSECUENCIA DE SU EXPULSIÓN.....	268
4. LA CONFORMIDAD CON LA LEY DE LA INJERENCIA EN LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR CAUSADA POR LA EXPULSIÓN.....	275
4.1. La base legal de la interferencia y las exigencias derivadas de su previsión normativa.....	275
4.2. Las garantías procesales como salvaguardia del derecho a la vida privada y familiar.....	280
5. LOS OBJETIVOS LEGÍTIMOS PREVISTOS PARA LA INJERENCIA EN LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR.....	282
6. LA NECESIDAD DE LA EXPULSIÓN EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA, EN DETRIMENTO DE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR DEL EXTRANJERO.....	286
6.1. La naturaleza y la gravedad del delito cometido.....	291
6.2. La duración de la estancia del extranjero en el Estado expulsor.....	295
6.3. El tiempo transcurrido desde que se comete el delito y la conducta posterior del extranjero.....	300
6.4. Las nacionalidades de las diversas personas afectadas por la expulsión.....	303
6.5. La situación familiar del extranjero objeto de expulsión, la duración del matrimonio y otros factores que evidencian la efectiva y genuina vida familiar.....	308
6.6. El conocimiento del cónyuge acerca del delito cometido por el extranjero objeto de expulsión en el momento en el que se comienza a desarrollar una relación familiar.....	309
6.7. El interés superior del menor.....	310
6.7.1. La evaluación de las circunstancias de los hijos del extranjero objeto de expulsión.....	310
6.7.2. El interés superior del menor aplicable al extranjero objeto de expulsión menor de edad.....	312
6.8. La gravedad de las dificultades que el cónyuge puede encontrar en el Estado de destino.....	313
6.9. La solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares con el Estado de acogida y con el país de destino.....	313

6.10. La duración de la prohibición de entrada como parámetro evaluador de la proporcionalidad de la expulsión	315
7. A MODO DE RECAPITULACIÓN	317

CAPÍTULO VI. LA DETENCIÓN DE EXTRANJEROS A EFECTOS DE EXPULSIÓN

1. INTRODUCCIÓN	322
2. LA PROHIBICIÓN DE ARBITRARIEDAD COMO LÍMITE GENERAL A LA DETENCIÓN DE EXTRANJEROS A LOS EFECTOS DE EXPULSIÓN	325
2.1. La legalidad de la detención	328
2.2. La detención en el marco de un procedimiento de expulsión.....	330
2.3. La notificación al extranjero de la medida de detención	334
2.4. El examen de proporcionalidad en la decisión de adoptar la detención	336
3. LAS GARANTÍAS PROCESALES EN EL MARCO DE LA DETENCIÓN	343
3.1. El derecho a plantear un recurso sobre la legalidad de la detención	343
3.2. La revisión del internamiento	349
3.2.1. La revisión de la legalidad del internamiento.....	349
3.2.2. La prórroga del plazo inicial de detención	351
4. LAS CONDICIONES DE LA DETENCIÓN	352
4.1. La naturaleza de la detención de extranjeros a efectos de expulsión	352
4.2. Las condiciones de detención como factor que origina tratos contrarios al art. 3 del CEDH	355
4.3. Las condiciones materiales del internamiento de extranjeros previstas en la UE.....	361
5. EL CESE DE LA MEDIDA DE DETENCIÓN.....	364
5.1. El cese de la detención en la jurisprudencia del TEDH: la debida diligencia como eje vertebrador de los límites temporales	364
5.2. La expiración del tiempo máximo previsto para la detención en el marco del DUE.....	369
5.2.1. El límite temporal previsto en la normativa de la UE: ¿cabe expulsión después del internamiento?.....	369
5.2.2. El cómputo del tiempo de internamiento	375
5.3. La ausencia de perspectiva real de expulsión	378
6. LA DETENCIÓN DE COLECTIVOS ESPECIALMENTE VULNERABLES.....	382
6.1. La detención de menores extranjeros	382
6.2. El régimen especial de detención de los solicitantes de protección internacional	390
7. A MODO DE RECAPITULACIÓN	399

CAPÍTULO VII. LOS DERECHOS PROCESALES DE LOS EXTRANJEROS DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE EXPULSIÓN

1. INTRODUCCIÓN	406
2. LOS MOTIVOS DE EXPULSIÓN	412

2.1.	La situación administrativa irregular del extranjero como motivo para adoptar la decisión de expulsión	412
2.2.	La suspensión del procedimiento de expulsión durante el examen de la solicitud de protección internacional	417
2.3.	Los límites en la jurisprudencia del TJUE al ejercicio de la competencia penal de los Estados miembros en materia de infracción de la normativa de extranjería con arreglo a la Directiva 2008/115/CE	419
2.3.1.	La compatibilidad de la sanción pecuniaria por estancia irregular con el procedimiento de expulsión previsto en la normativa europea: un caso test, el asunto <i>Zaizoune</i>	423
3.	LA NECESARIA CONFORMIDAD CON LA LEY DE LA MEDIDA DE EXPULSIÓN	429
4.	EL DERECHO DEL EXTRANJERO A SER NOTIFICADO DE LA RESOLUCIÓN DE EXPULSIÓN.....	434
5.	EL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO	441
5.1.	El derecho a recurrir la decisión de expulsión	441
5.2.	El derecho a un recurso efectivo por las violaciones de derechos humanos cometidas en el marco del procedimiento de expulsión.....	445
5.2.1.	La naturaleza del art. 13 del CEDH.....	447
5.2.1.1.	El agotamiento de los recursos internos como manifestación del carácter subsidiario del TEDH	447
5.2.1.2.	La naturaleza (in)dependiente del art. 13 del CEDH	449
5.2.1.3.	La noción de “queja defendible” como requisito para el ejercicio de un recurso efectivo.....	450
5.2.2.	Características intrínsecas del término “efectivo” en relación al recurso previsto por el CEDH	452
5.2.3.	El efecto suspensivo del recurso.....	459
5.2.3.1.	El efecto suspensivo del recurso en supuestos relativos a los arts. 2 y 3 del CEDH en relación con la expulsión	461
5.2.3.2.	El efecto suspensivo del recurso en relación a otros artículos del CEDH que pueden verse vulnerados con motivo de la expulsión	473
6.	EL DERECHO A SER OÍDO	476
7.	EL DERECHO A ESTAR REPRESENTADO ANTE LA AUTORIDAD COMPETENTE.....	484
8.	EL DERECHO A SER ASISTIDO POR UN INTÉRPRETE.....	490
9.	A MODO DE RECAPITULACIÓN	493
	CONCLUSIONES	498
	CONCLUSIONS.....	517
	BIBLIOGRAFÍA	
1.	MONOGRAFÍAS Y OBRAS GENERALES.....	534

2. ARTÍCULOS Y COLABORACIONES EN OBRAS COLECTIVAS	537
---	-----

FUENTES LEGALES

1. TRATADOS INTERNACIONALES CON VOCACIÓN UNIVERSAL.....	553
2. TRATADOS INTERNACIONALES EN EL ÁMBITO DEL COE	553
3. TRATADOS INTERNACIONALES EN OTROS ÁMBITOS REGIONALES	554
4. NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA	554
5. NORMATIVA NACIONAL ESPAÑOLA	556

RESOLUCIONES Y DOCUMENTOS

1. NACIONES UNIDAS	558
1.1. Asamblea General de Naciones Unidas	558
1.2. Consejo de Seguridad.....	559
1.3. Consejo de Derechos Humanos.....	559
1.4. Comisión de Derecho Internacional	560
1.5. Comité de Derechos Humanos	561
1.6. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial	562
1.7. Comité contra la Tortura	562
1.8. Comité de los Derechos del Niño.....	562
1.9. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos	563
1.10. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados	563
2. INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL.....	565
3. CONSEJO DE EUROPA.....	565
4. UNIÓN EUROPEA	568
5. ESPAÑA.....	571
6. ONGS, ORGANISMOS DEDICADOS A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y A LA MIGRACIÓN	571
7. PRENSA	572

ANEXO DE JURISPRUDENCIA Y DECISIONES DE ÓRGANOS DE CONTROL

1. ÁMBITO DE NACIONES UNIDAS	574
1.1. Corte Internacional de Justicia	574
1.2. Otros Tribunales Internacionales.....	574
1.3. Comité de Derechos Humanos	574
1.4. Comité contra la Tortura	575
2. ÁMBITO REGIONAL	577
2.1. Sistema Africano de Derechos Humanos	577
2.2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos	577
2.3. Sistema Europeo de Derechos Humanos.....	578
2.3.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	578
2.3.2. Comunicaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a los Gobiernos de los Estados Parte	592
2.3.3. Comisión Europea de Derechos Humanos	592

2.4. Unión Europea.....	592
2.4.1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	592
2.4.2. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.....	594
2.4.3. Conclusiones de los Abogados Generales	595
3. TRIBUNALES ESPAÑOLES	597
3.1. Tribunal Constitucional.....	597
3.2. Tribunal Supremo.....	598
3.3. Tribunales Superiores de Justicia	599
3.4. Audiencias Provinciales	599
ANEXO. PROYECTO DE LA CDI.....	600



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

ABREVIATURAS

Publicaciones periódicas más citadas

AEDI	Anuario Español de Derecho Internacional
DUDI	Diritti Umani e Diritto Internazionale
EJML	European Journal of Migration and Law
ELR	European Law Review
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IJRL	International Journal of Refugee Law
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDI	Rivista di Diritto Internazionale
RDME	Revista de Derecho Migratorio y Extranjería
REDE	Revista Española de Derecho Europeo
REDI	Revista Española de Derecho Internacional
REE	Revista de Estudios Europeos
REEI	Revista Española de Estudios Internacionales
REJ	Revista de Estudios Jurídicos
REEI	Revista Electrónica de Estudios Internacionales
RGDE	Revista General de Derecho Europeo

Abreviaturas genéricas más utilizadas

ACNUR	Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados
AG	Abogado/a General
AGNU	Asamblea General de Naciones Unidas
AP	Audiencia Provincial
Apdo.	Apartado
Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CAT	Comité contra la Tortura (Committee Against Torture)
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)
CADHP	Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos
CCT	Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes
CDESC	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
CE	Constitución Española
CIE	Centro de Internamiento de Extranjeros
CERD	Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (Committee on the Elimination of Racial Discrimination)
CESE	Comité Económico y Social Europeo
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CDH	Comité de Derechos Humanos

CDI	Comisión de Derecho Internacional
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CIPDTM	Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares
COE	Consejo de Europa
CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPT	Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes
CRC	Comité de los Derechos del Niño (Committee on the Rights of the Child)
CVDT	Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados
DDHINNPV	Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven
DDHH	Derechos Humanos
DI	Derecho Internacional
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DIH	Derecho Internacional Humanitario
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
DUE	Derecho de la Unión Europea
EEE	Espacio Económico Europeo
EEUU	Estados Unidos de América
EM	Estado Miembro
EP	Estado Parte
F.J.	Fundamento Jurídico
FRA	Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (European Union Agency for Fundamental Rights)
IDI	Instituto de Derecho Internacional
LO	Ley Orgánica
LODYLE	Ley Orgánica 4/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros y de su integración social, y sus posteriores reformas.
MENA	Menor Extranjero No Acompañado
NU	Naciones Unidas
OOII	Organización Internacional
ONG	Organización No Gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
Pár.	Párrafo
PESC	Política Exterior y de Seguridad Común
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RD	Real Decreto

SECA	Sistema Europeo Común de Asilo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea



Universitat d'Alacant
 Universidad de Alicante

INTRODUCCIÓN

1. OBJETO DE INVESTIGACIÓN

En los últimos años se ha incrementado la presión migratoria sobre algunos Estados europeos, en particular de la cuenca norte del Mediterráneo, como Italia o Grecia, entre otros. Como consecuencia, principalmente, de los conflictos que se suceden en los Estados del vecindario más o menos próximo de la UE, como la República Árabe de Siria¹, Afganistán o Iraq, entre otros. Basta citar a este respecto que en 2016, alrededor de 390.000 personas llegaron a Europa por vía marítima o terrestre a través de la región del Mediterráneo, más de 360.000 de los cuales lo hicieron por mar. La ruta del Mediterráneo Central desde Libia a Malta e Italia ha sido la más peligrosa para los migrantes irregulares de todo el mundo en 2016, con más de 4.500 muertes y desapariciones. Esta cifra de muertes es la más alta registrada hasta el momento en la región².

En este contexto, la expulsión de extranjeros en situación irregular es un tema de indudable interés y actualidad para los países de Europa ya que, como señala la Comisión Europea, la expulsión de extranjeros es parte esencial de los esfuerzos globales llevados a cabo por la UE para afrontar la crisis migratoria y, en particular, para disminuir la inmigración irregular³. En 2015 un total de 227.975 nacionales de terceros países fueron expulsados de la UE en cumplimiento de una decisión administrativa de expulsión. En 2016 el número de expulsiones ascendió a 250.015, disminuyendo en 2017 con 214.150 expulsiones⁴.

En perspectiva histórica, hasta la Segunda Guerra Mundial, el DI configuraba el derecho de los Estados a expulsar a extranjeros como un derecho absoluto. La forma histórica del Derecho vigente hasta 1945, el DI clásico, consideraba al Estado soberano el centro de gravedad del orden internacional instaurado tras la Paz de Westfalia. El DI

¹ Sobre el conflicto sirio véase, FERRER LLORET, J., “La Unión Europea ante el conflicto sirio (2014-2016): ¿Una potencia normativa?”, en MARTÍNEZ CAPDEVILA, C. y MARTÍNEZ PÉREZ, E.J. (Dir.), *Retos para la acción exterior de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 21-47.

² OI para las Migraciones, “Informe sobre las migraciones en el mundo 2018”, Ginebra, 2018, p. 81. Disponible en: http://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2018_sp.pdf (Todos los accesos a las páginas web citados a lo largo de este trabajo han sido consultados por última vez a fecha de 1 de diciembre de 2018).

³ Comisión Europea, “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Plan de acción de la UE en materia de retorno”, COM(2015) 453 final. Bruselas, 9 de septiembre de 2015, p. 2.

⁴ Datos extraídos de Eurostat. Disponibles en: <http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/submitViewTableAction.do>

clásico estaba desprovisto de base autoritaria e instituciones estables, por lo que el Estado soberano era el protagonista de las relaciones internacionales⁵. El DI de aquella sociedad de Estados se preocupaba sobre todo de regular las relaciones de coexistencia y cooperación entre Estados soberanos en un sistema jurídico fundamentado en el voluntarismo, el relativismo, la neutralidad y el positivismo. Estas notas distintivas hacían que el DI clásico se basara en las relaciones interestatales⁶ y dejase al margen la perspectiva de los DDHH⁷.

En el DI clásico, el derecho de un Estado a expulsar de forma discrecional a los extranjeros de su territorio se consideraba un atributo de su soberanía, por lo que el ejercicio de tal derecho no suponía en ningún caso incurrir en responsabilidad internacional⁸. Así se reconoció, por ejemplo, en una Sentencia de 1893, dictada por el TS de los EEUU, en la que se mantenía que el derecho de una nación a expulsar a extranjeros era tan absoluto y sin condicionantes como el derecho a impedir su entrada en el territorio del Estado, siendo este un derecho inherente al Estado e inalienable⁹. Por tanto, en el DI clásico la facultad de cada Estado de expulsar extranjeros era consecuencia de su soberanía, sin ninguna limitación¹⁰. En estos términos se expresó la Resolución aprobada por el IDI en la sesión de Ginebra de 1892:

Considérant que, pour chaque Etat, le droit d'admettre ou de ne pas admettre des étrangers sur son territoire, ou de ne les y admettre que conditionnellement, ou de les en expulser, est une conséquence logique et nécessaire de sa souveraineté et de son indépendance¹¹.

⁵ DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tomo I, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, p. 61.

⁶ CASANOVAS, O. y RODRIGO, A.J., *Compendio de Derecho Internacional Público*, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 2018, p. 56.

⁷ CARRILLO SALCEDO, J.A., "Influencia de los derechos humanos en la evolución del derecho internacional: hacia una relectura de la función de los Estados en el orden internacional contemporáneo", en DRNAS DE CLÉMENT, Z. (Coord.), *Estudios de derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, vol. 1, Drnas-Lerner, Argentina, 2002, 729-734, p. 730.

⁸ SØRENSEN, M. (Ed.), *Manual of public international law*, Macmillan, London| St. Martin's Press, New York, 1968, p. 482.

⁹ *Fong Yue Ting v. U.S.*, 149 U.S. 698 (1893), págs. 707 y 711. Citado por el Relator Especial para el Proyecto de la CDI sobre expulsión de extranjeros; CDI, "Tercer informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial", A/CN.4/581, 19 de abril de 2007, p. 8.

¹⁰ DE BOECK, C., "L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique", *Recueil des cours = Académie de droit international de La Haye / Collected courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 18, 1927, 443-650, p. 472.

¹¹ En la exposición de motivos de la Resolución del IDI se señala que: "Considérant que, pour chaque Etat, le droit d'admettre ou de ne pas admettre des étrangers sur son territoire, ou de ne les y admettre que conditionnellement, ou de les en expulser, est une conséquence logique et nécessaire de sa souveraineté et de son indépendance"; IDI, "Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers"

Como se va a demostrar a lo largo de este trabajo de investigación, en el DI contemporáneo la soberanía estatal en el ámbito de la expulsión de extranjeros se ha erosionado en buena medida, fundamentalmente por el desarrollo que se ha producido desde dos sectores normativos. Por un lado, un ámbito normativo más concreto como es el DI de los Refugiados y, por otro lado, uno más general como es el DIDH.

El DI de los Refugiados se basa en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados¹² (también conocida como Convención de 1951 o Convención de Ginebra), posteriormente completada por el Protocolo adicional sobre el Estatuto de los Refugiados de 31 de enero de 1967¹³. Ambos instrumentos jurídicos son la moderna representación legal de la antigua tradición universal de conceder asilo a quienes se encuentran en peligro en su Estado de origen. Son los únicos instrumentos con vocación universal que regulan específicamente el trato dado a quienes se ven forzados a abandonar sus países de origen ante el riesgo de persecución¹⁴. En el marco de la UE, la política común de asilo es uno de los elementos que se enmarcan en el objetivo de desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia, como se comprobará en el Capítulo I.

El DIDH también limita la tradicional discrecionalidad de la que disfrutaba el Estado a la hora de expulsar extranjeros¹⁵. La Carta de las NU y la DUDH ponen el punto de partida a un sector de la disciplina jurídica: el DIDH. Este sector normativo “expresa un cambio profundo del DI en su conjunto y en la consideración de la soberanía del Estado como algo absoluto”¹⁶. Como señala CARRILLO SALCEDO, el DIDH, nacido a partir de la Carta de las NU y de la DUDH, transforma la soberanía del Estado, ya que “por ser soberanos, los Estados tienen obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos

(Rapporteurs: MM. L.-J.-D. Féraud-Giraud et Ludwig von Bar). Session de Genève – 1892. Disponible en: http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1892_gen_01_fr.pdf

¹² Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (NU), convocada por la AGNU en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. España deposita su instrumento de adhesión el 14 de agosto de 1978 (BOE n. 252, de 21 de octubre de 1978).

¹³ Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967 (BOE n. 252, de 21 de octubre de 1978).

¹⁴ TÜRK, V. y NICHOLSON, F., “Protección de los refugiados en el derecho internacional: una perspectiva general”, en FELLER E., TÜRK, V. y NICHOLSON, F. (Eds.), *Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas globales de ACNUR sobre Protección Internacional*, Icaria Editorial, Barcelona, 2010, 3-49, p. 3.

¹⁵ En este sentido, JENNINGS, R. y WATTS, A. (Eds.), *Oppenheim's International Law*, 9ª ed., Longman, London | New York, 1996, p. 940.

¹⁶ CASADO RAIGÓN, R., *Derecho Internacional*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2014, p. 355. Se ha señalado que, en concreto, con la creación de las NU, cuya Carta entra en vigor el 24 de octubre de 1945 “se inaugura la época del Derecho Internacional contemporáneo en sentido estricto que, en los últimos sesenta años, se ha universalizado, expandido y diversificado enormemente, aunque sin perder su carácter unitario como único ordenamiento jurídico de toda la Comunidad Internacional”; MARINO MENÉNDEZ, F.M., *Derecho Internacional Público. Parte general*, 4ª ed., Trotta, Madrid, 2005, p. 59.

respecto a la comunidad internacional en su conjunto”¹⁷. Tales obligaciones jurídicas, se han ido concretando a través de toda una red de tratados con vocación universal y también de ámbito regional, como el CEDH¹⁸, que se aplica a cualquier individuo al margen de su nacionalidad¹⁹ y, por tanto, también a los extranjeros que son objeto de un procedimiento de expulsión.

Si bien, como reconocía la CDI no hace mucho, aunque el tema de la expulsión de extranjeros ha sido tratado indirectamente y de diversa forma por normas convencionales de carácter regional y bilateral, no existe ningún tratado internacional que regule con vocación universal ni regional esta cuestión²⁰. La importancia y actualidad de la expulsión de extranjeros²¹ ha llevado a la CDI a centrar su labor de codificación y desarrollo progresivo, sobre la tensión entre los intereses soberanos del Estado y el respeto y protección del DI de los Refugiados y los DDHH del extranjero objeto de expulsión, con el fin de tratar de clarificar, consolidar y desarrollar este ámbito normativo del DI contemporáneo²².

En 2004 la CDI incorpora el tema “la expulsión de los extranjeros” a su programa de trabajo en curso y nombra como Ponente al Sr. Maurice Kamto (en adelante Ponente o

¹⁷ CARRILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, p. 185.

¹⁸ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado por el COE el 4 de noviembre de 1950 (BOE n. 243, de 10 de octubre de 1979).

¹⁹ Sobre las consecuencias del desarrollo normativo del DIDH sobre la soberanía estatal y más en particularmente, sobre el vínculo de la nacionalidad como condición de ejercicio de la protección del individuo puede verse CRESPO NAVARRO, E., *Nuevas formas de protección del individuo en Derecho Internacional. La erosión del vínculo de la nacionalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

²⁰ CDI, “Expulsión de extranjeros. Memorando de la Secretaría”, A/CN.4/565, 10 de julio de 2006, p. 4.

²¹ La erosión de la soberanía estatal en materia de expulsión ha sido recientemente puesta de manifiesto por el IDI en su Resolución final “Migrations de masse”, adoptada en la sesión de Hyderabad de 2017, cuyo Relator es Maurice Kamto. En esta Resolución, entre otras cuestiones, el IDI reconoce el derecho legítimo de los Estados a controlar sus fronteras y ejercer su soberanía en cuanto a la entrada y salida de extranjeros de su territorio. No obstante, también recuerda que la situación de los migrantes en masa requiere la especial atención de los Estados y de la comunidad internacional con el fin de abordar las cuestiones básicas de humanidad que se dan en los procedimientos de migración y expulsión: IDI, “Migrations de masse” (Rapporteur: M. Maurice Kamto). Session de Hyderabad – 2017. Disponible en: <http://www.idi-ii.org/app/uploads/2017/08/16-RES-FINALE-FR-COR.pdf> El IDI, convencido de la necesidad de reforzar el marco de la migración masiva adopta esta resolución cuyo propósito es, a través de veintidós arts., recordar y contribuir al desarrollo de las normas aplicables a la migración masiva internacional.

²² Véase GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M.J., *El Derecho internacional en la encrucijada. Curso general de Derecho Internacional Público*, 4ª ed, Ed. Trotta, Madrid, 2017, p. 221. En 1998, la CDI toma nota del Informe del Grupo de Planificación en el que se incluye el tema “expulsión de extranjeros” como uno de los asuntos que podrían figurar en el futuro dentro del programa de trabajo a largo plazo de la CDI; Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 50º período de sesiones, 20 de abril a 12 de junio de 1998 y de 27 de julio a 14 de agosto de 1998, AGNU Documentos Oficiales Quincuagésimo tercer período de sesiones Suplemento No. 10 (A/53/10), p. 554. En 2000, decide incluir este tema en su programa de trabajo a largo plazo; Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 49º período de sesiones, 12 de mayo a 18 de julio de 1997 y 27 de julio a 14 de agosto de 1998. AGNU Documentos Oficiales. Quincuagésimo segundo período de sesiones Suplemento No. 10 (A/52/10), p. 554.

Relator de la CDI)²³. Desde 2005 hasta 2012, la CDI recibe y examina un total de ocho informes elaborados por el ponente²⁴. En 2012, aprueba en primera lectura treinta y dos propuestas de artículos sobre la expulsión de extranjeros, con sus correspondientes comentarios²⁵, que de conformidad con los arts. 16 a 21 de su Estatuto, remite, por medio del Secretario General, a los Gobiernos de los Estados con el fin de que estos puedan formular comentarios y observaciones. Las opiniones y propuestas de los Gobiernos son recopilados por el ponente de la CDI en su noveno informe²⁶, cuyo examen da lugar a que la CDI encargue al Comité de Redacción la segunda lectura del Proyecto conforme a las propuestas del Relator Especial. Tras el examen del informe del Comité de Redacción, en 2014 la CDI aprueba en segunda lectura un proyecto de treinta y un artículos sobre expulsión de extranjeros, junto con sus comentarios (en adelante, Proyecto de la CDI)²⁷.

²³ Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 56º período de sesiones, 3 de mayo a 4 de junio y 5 de julio a 6 de agosto de 2004. AGNU Documentos Oficiales. Quincuagésimo noveno período de sesiones Suplemento No. 10 (A/59/10), pág. 364.

²⁴ CDI, “Informe preliminar sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/554, 4 de abril de 2005; “Segundo informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/573, 20 de julio de 2006; “Tercer informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/581, 19 de abril de 2007; “Cuarto informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/594, 24 de marzo de 2008; “Quinto informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/611, 27 de marzo de 2009; “Sexto informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/625, 19 de marzo de 2010 y dos adiciones al sexto informe, la primera de 28 de mayo de 2010 (A/CN.4/625/Add.1) y la segunda de 9 de julio de 2010 (A/CN.4/625/Add.2); “Séptimo informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/642, 4 de mayo de 2011; “Octavo informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/651, 22 de marzo de 2012. Además, de estos informes, durante todo ese tiempo la CDI recibe: una nueva versión de los proyectos de artículos sobre la protección de los DDHH de la persona en vías de expulsión reordenados por el ponente de la CDI a la luz del debate celebrado en sesión plenaria [Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 61º período de sesiones, 4 de mayo a 5 de junio y 6 de julio a 7 de agosto de 2009, “Expulsión de extranjeros. Proyectos de artículo sobre la protección de los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión, reordenados por el Relator Especial, Sr. Maurice Kamto, a la luz del debate celebrado en sesión plenaria durante la primera parte del presente período de sesiones”, A/CN.4/617, 21 de julio de 2009]; un nuevo proyecto de plan de trabajo presentado por el ponente en aras a la ordenación de los proyectos de artículos [“Expulsión de extranjeros”. Documento A/CN.4/618. Nuevo proyecto de plan de trabajo, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial, 21 de julio de 2009]; un memorando de la Secretaría [“Expulsión de extranjeros. Memorando de la Secretaría”, A/CN.4/565, 10 de julio de 2006]; así como observaciones e informaciones transmitidas por los Gobiernos [Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 61º período de sesiones, 4 de mayo a 5 de junio y 6 de julio a 7 de agosto de 2009, “Expulsión de extranjeros. Observaciones e información recibidas de los Gobiernos”, A/CN.4/604, 26 de agosto de 2008].

²⁵ Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 64º período de sesiones (7 de mayo a 1º de junio y 2 de julio a 3 de agosto de 2012). AGNU, Documentos Oficiales, 67º período de sesiones Suplemento N° 10 (A/67/10).

²⁶ CDI, “Noveno informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/670, 25 de marzo de 2014.

²⁷ “Proyecto de artículos sobre expulsión de extranjeros aprobado en segunda lectura por la CDI”, Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 66º período de sesiones (5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2014). AGNU, Documentos Oficiales, 69º período de sesiones Suplemento No. 10 (A/69/10). En adelante, Proyecto de la CDI, Doc. A/69/10.

A la vista de los comentarios y observaciones proporcionadas por los Gobiernos, no parece nada previsible que dicho Proyecto sobre expulsión de extranjeros vaya a llegar a convertirse en un tratado internacional. La mayoría de los Estados que han manifestado su opinión en cuanto a la forma definitiva que debería adoptar el Proyecto, consideran que la expulsión de extranjeros no es tema adecuado para la codificación. Algunos Estados se niegan a que se adopte un tratado internacional en la materia, entre ellos EEUU, Canadá, Francia o Grecia, países eminentemente importadores de inmigración. Este grupo de Estados considera que se deberían aprobar una serie de directrices o principios rectores que orienten la conducta de los Estados en esta materia²⁸. Estas directrices podrían tener su relevancia jurídica a modo de *soft law*, ya que permitiría a sus destinatarios un amplísimo margen de apreciación, como instrumentos no vinculantes²⁹.

²⁸ En este sentido se manifiesta la opinión de Canadá, y Portugal en, AGNU, Sexta Comisión. “Tema 79 del programa: Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 63° y 64°”, A/C.6/67/SR.19, 4 de diciembre de 2012, párs. 16 y 60; Australia y Hungría en, AGNU, Sexta Comisión. “Tema 79 del programa: Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 63° y 64° (continuación)”, A/C.6/67/SR.20, 2 de enero de 2013, párs. 4 y 50; la UE, Finlandia, Rumania, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte e Irlanda; AGNU, “Tema 78 del programa: informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66° período de sesiones”, A/C.6/69/SR.19, 17 de noviembre de 2014, párs. 69, 77, 139, 165 y 171; Países Bajos, China, Polonia, Singapur, Eslovaquia en, AGNU, “Tema 78 del programa: informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66° período de sesiones (continuación)”, A/C.6/69/SR.20, 10 de noviembre de 2014, párs. 11, 22, 35, 37 y 72; Nueva Zelanda, España y República de Corea en, AGNU, Tema 78 del programa: informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66° período de sesiones (continuación)”, A/C.6/69/SR.21, 18 de noviembre de 2014, párs. 21, 30, 37, 43; Francia en, AGNU, “Tema 78 del programa: informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66° período de sesiones (continuación)”, A/C.6/69/SR.22, 11 de noviembre de 2014, pár. 36; Sudán, República Checa, Arabia Saudita e Irán en, AGNU, “Tema 82 del programa: expulsión de extranjeros”, A/C.6/72/SR.14, 12 de octubre de 2017, párs. 61, 66, 67, 69, 70. Por su parte, Grecia considera que el tema de la expulsión de extranjeros es mejor abordarlo por medio de instrumentos regionales y mediante la jurisprudencia de los órganos judiciales. En este sentido destaca, por un lado, la legislación europea incorporada por los EM sobre la protección de los DDHH y, por otro lado, el corpus de jurisprudencia del TEDH en el que, en su opinión, se establecen criterios que logran un equilibrio justo entre el derecho del Estado a expulsión a un extranjero y el respeto de los DDHH de las personas objeto de expulsión; AGNU, Sexta Comisión. “Tema 82 del programa: expulsión de extranjeros (continuación)”, A/C.6/72/SR.15, 31 de octubre de 2017, pár. 2. Cuestión diversa es si Grecia cumple con lo establecido en el CEDH y la jurisprudencia desarrollada por el TEDH, algo que podrá comprobarse en el presente trabajo. Respecto a la forma del Proyecto de la CDI, TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO señala que: “la celebración de un tratado internacional que exclusivamente codifique las normas internacionales existentes tendrá utilidad para resolver los problemas a los que nos enfrentamos. El desarrollo progresivo del derecho en este punto materializado en un tratado que pretenda dar una respuesta a los problemas actuales que plante la migración teniendo en cuenta un enfoque en los Derechos Humanos puede abocarlo al fracaso derivado de la ausencia de compromiso de los Estados que son destino de migraciones”; TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., “Los derechos humanos como límite a la gestión de los flujos migratorios mixtos”, *REEI*, n. 36, 2018, 1-25, p. 24.

²⁹ GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M.J., *El Derecho internacional en la encrucijada...*, *op. cit.*, p. 125. Con carácter general, en las dos últimas décadas, los trabajos de la CDI pocas veces han derivado en la opción tradicional: un Proyecto con vistas a convertirse en un acuerdo internacional con carácter universal. La adopción de un conjunto de directrices o principios rectores es una decisión que se ha seguido en otros sectores normativos, tal y como ha ocurrido con el tema de los actos unilaterales de los Estados; Tras diez años de esfuerzos por parte de la AGNU adopta el texto “Principios rectores aplicables

En cambio, son muy pocos los Estados partidarios de adoptar un tratado internacional a partir de la propuesta de la CDI. Dentro de este otro grupo de Estados se encuentran Belarús, Cuba y el Congo, mayoritariamente exportadores de inmigración, quienes consideran que pocos temas se prestan tanto a la codificación como este³⁰. Más ambigua es la postura de algunos Estados como Dinamarca, en nombre de los países nórdicos – Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia–, al entender que a la luz de los procesos mundiales y regionales contemporáneos en relación con la migración, la AGNU debería aplazar la decisión sobre el tema durante algunos años³¹.

a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas”, A/61/10, 2006, p. 409 y ss. TORRES CAZORLA señala que, ante la misión prácticamente imposible de adoptar un texto convencional sobre el tema de los actos unilaterales, la Comisión hizo lo que buenamente podía hacer y es establecer, mediante principios rectores, mínimos comunes denominadores de algunos actos unilaterales en forma de declaración de la que: “cabían deducir ciertos aspectos corroborados por la propia jurisprudencial internacional”; TORRES CAZORLA, M.I., *Los actos unilaterales de los Estados*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 167. No obstante, existen excepciones como la Convención sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, de 2004. Después de veintisiete años desde que la AG, mediante la Resolución 32/151, invitara a la CDI a iniciar los trabajos acerca del tema de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, el 2 de diciembre de 2004 se adoptó en Nueva York la Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, abierta a la firma en Nueva York el 17 de enero de 2005. Sin embargo, actualmente, no ha entrado aún en vigor debido a que se precisa para ello el depósito de treinta instrumentos de ratificación o adhesión. A día de hoy la Convención cuenta con veintiocho firmas y veintidós partes, entre las que figura España que se adhirió a la Convención el 21 de septiembre de 2011. Véanse estos datos en: https://treaties.un.org/pages/ShowMTDSGDetails.aspx?src=UNTSO&tabid=2&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en

³⁰ Véanse los comentarios de Belarús en, AGNU, “Tema 78 del programa: informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66º período de sesiones (*continuación*)”, A/C.6/69/SR.20, 10 de noviembre de 2014, p. 77; Cuba, AGNU, “Tema 82 del programa: expulsión de extranjeros”, A/C.6/72/SR.14, 12 de octubre de 2017, p. 79, p. 56; Congo en, AGNU, Sexta Comisión. “Tema 82 del programa: expulsión de extranjeros (*continuación*)”, A/C.6/72/SR.15, 31 de octubre de 2017, p. 10. Pese a la distinción entre dos bloques de Estados, los importadores de inmigración y los exportadores de inmigración, a beneficio de inventario cabe decir que quizá la realidad internacional sea más compleja y no permita reflejar esta distinción con claridad. Por ejemplo, Sudáfrica ha soportado una presión migratoria proveniente de países vecinos, especialmente de Zimbabwe, Mozambique y Lesotho, lo que es un ejemplo de inmigración de Sur a Sur. En 2017, en Sudáfrica residían unos 4.036.696 de inmigrantes, lo que supone un 7,14% de la población de Sudáfrica. De estos el 22,56% proviene de Zimbabwe, el 13,25% de Mozambique y el 10,86% de Lesotho. Véanse estos datos en: <https://datosmacro.expansion.com/demografia/migracion/inmigracion/sudafrica> Respecto al Proyecto de la CDI, Sudáfrica considera que este se ajusta en general a su legislación. Si bien ha tomado nota de las continuas referencias de la CDI al desarrollo progresivo y considera que: “su nuevo enfoque de hacer una distinción estricta entre el desarrollo progresivo y la codificación es lamentable”; AGNU, “Tema 78 del programa: informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66º período de sesiones (*continuación*)”, A/C.6/69/SR.20, 10 de noviembre de 2014, párs. 98 y 100.

³¹ AGNU, Sexta Comisión. “Tema 82 del programa: expulsión de extranjeros”, A/C.6/72/SR.14, 12 de octubre de 2017, p. 52. En concreto, los países nórdicos se refieren a la labor desarrollada para celebrar un Pacto mundial para una migración segura, ordenada y regular. En la Declaración de Nueva York sobre Refugiados y Migrantes, adoptada en septiembre de 2016, por primera vez en el seno de NU, la AGNU decide comprometerse a abordar el problema de la migración internacional desarrollando un Pacto mundial para la migración segura, ordenada y regular; AGNU, Resolución aprobada el 19 de septiembre de 2016, “Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes”, A/RES/71/1, 3 de octubre de 2016, anexo II. La conferencia intergubernamental para adoptar el Pacto se lleva a cabo en Marrakech, Marruecos, los días 10 y 11 de diciembre de 2018. En el art. 22 de la Resolución del IDI de 2017 sobre “Migrations de masse” se anima a los Estados a negociar un instrumento jurídico básico, de carácter universal, que regule

Por tanto, es muy poco probable que se vaya a adoptar un tratado internacional sobre este tema. De hecho, han sido muy pocos los Estados que se han preocupado por defender su postura jurídica ante la CDI; sólo una pequeña minoría de los EM de las NU han intervenido en los debates de la Sexta Comisión. Algo que puede obedecer a la falta de interés de los Estados por aportar seguridad jurídica en el sector de normas del DI que regula la expulsión de extranjeros, a buen seguro con el fin de seguir disfrutando de la mayor discrecionalidad posible en este ámbito³². La Estados ya han demostrado su abulia por comprometerse mediante instrumentos jurídicos internacionales a la protección de los DDHH de los extranjeros, como así lo evidencia lo ocurrido con la CIPDTM³³, solamente ratificada por cuarenta y siete, entre los que no se encuentra ningún Estado occidental³⁴.

Tampoco la AGNU ha mostrado interés sobre este tema. Su última decisión al respecto, de 7 de diciembre de 2017, fue la de incluir el tema en el programa provisional de su septuagésimo quinto periodo de sesiones(2020) con miras a examinar la forma que pudiera darse al Proyecto³⁵.

A la vista de las observaciones de los Estados y del sosiego que demuestra la AGNU, se debe mantener una buena dosis de escepticismo sobre la posibilidad de que el Proyecto de la CDI sobre expulsión de extranjeros se convierta en una convención internacional. Aún así, se debe destacar la importancia de la labor desarrollada por la CDI durante

la cooperación directa entre los Estados de origen y de destino en relación a los flujos de migración masiva, incluyendo flujos migratorios temporales. Recientemente, el 19 de diciembre de 2018, la AG aprueba el Pacto Mundial sobre Migración, compuesto por veintitrés objetivos, con el voto a favor de ciento cincuenta y dos países, el voto en contra de cinco Estados –EEUU, Hungría, Chequia, Polonia e Israel– y doce abstenciones; AGNU, Resolución aprobada el 19 de diciembre de 2018, “Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular”, A/RES/73/195; TRT español, “Asamblea General de la ONU ratifica el Pacto Mundial sobre Migración con 152 votos a favor”, 20 de diciembre de 2018. Disponible en: <http://www.trt.net.tr/espanol/mundo/2018/12/20/asamblea-general-de-la-onu-ratifica-el-pacto-mundial-sobre-migracion-con-152-votos-a-favor-1110327>

³² En este sentido, GONZÁLEZ VEGA señala que: “el sistema jurídico internacional revela aún hoy en día frente al fenómeno migratorio una impronta ultraliberal, renuente a embridar la libertad de acción de los Estados”; GONZÁLEZ VEGA, J.A., “En torno a los otros europeos: Derecho Internacional y Derecho Europeo ante la inmigración”, en HIDALGO TUÑÓN, A. y GARCÍA FERNÁNDEZ, R. (Coords.), *Ética, pluralismo y flujos migratorios en la Europa de los 25*, Eikasía S.L., Oviedo, 2005, 103-150, p. 105. Si bien, Portugal sostiene que más que falta de interés, los Estados no participan en los debates de la Sexta Comisión debido a la falta de recursos humanos por parte de la mayoría de las delegaciones. Por tanto, Portugal defiende que para promover la participación en el proceso de codificación y desarrollo progresivo se debe priorizar el desarrollo de los servicios jurídicos nacionales mediante recursos humanos capacitados. AGNU, “Tema 78 del programa: informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66º período de sesiones”, A/C.6/69/SR.19, 17 de noviembre de 2014, párs. 151 y 152.

³³ Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

³⁴ Véanse los Estados que han firmado y ratificado esta Convención en: https://web.archive.org/web/20131103202901/http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?mtdsg_no=I.V-13&chapter=4&lang=en

³⁵ AGNU, Resolución aprobada el 7 de diciembre de 2017, “Expulsión de extranjeros”, A/RES/72/117, 18 de diciembre de 2017.

alrededor de una década. Este proceso codificador permite conocer la práctica de los Estados en este ámbito y, en última instancia, puede ser incluso un excelente punto de encuentro para poner de manifiesto la *opinio iuris* de los Estados³⁶. Por tanto, el Proyecto de la CDI sobre la expulsión de extranjeros, aunque no llegue a convertirse en un tratado internacional, puede desplegar su eficacia jurídica a través de la aplicación de sus disposiciones, como expresión del DI consuetudinario, por parte de los operadores jurídicos, por ejemplo el TEDH y el TJUE, como se va a comprobar a lo largo de este trabajo.

En este sentido, el presente trabajo de investigación se centra en el análisis de la jurisprudencia del TEDH y el TJUE relativa a los principales temas que afectan a la expulsión de extranjeros en el DI contemporáneo, tomando como referencia o punto de partida las propuestas incluidas en el Proyecto de la CDI. Como ya se ha señalado, la jurisprudencia en este ámbito se basa en dos sectores normativos, el DI de los Refugiados y los DDHH.

Dada la amplitud de la problemática jurídica que afecta a la expulsión de extranjeros, hay determinados aspectos sobre los que el TEDH y el TJUE no se han pronunciado, como, por ejemplo: la privación de la nacionalidad con el fin de la expulsión, la prohibición de la expulsión encubierta o la prohibición de la expulsión con el fin de confiscar bienes, entre otros. Estos y otros temas, que sí han sido incluidos en el Proyecto de la CDI, no son objeto de estudio en este trabajo. Sin perjuicio del indudable interés de todos los temas analizados por la CDI en su Proyecto, este estudio se limita al análisis de aquellos aspectos relativos a la expulsión de extranjeros en el DI contemporáneo que más han ocupado a los tribunales regionales europeos.

El TEDH, en el ámbito del COE, y el TJUE, en el ámbito de la UE, ejercen su competencia sobre cuarenta y siete, y veintiocho Estados, respectivamente, ambos con jurisdicción obligatoria. Dada la gran presión migratoria soportada por algunos de los Estados que conforman el COE y la UE, la labor hermenéutica del TEDH y el TJUE ha dado lugar a un número muy importante de sentencias en materia de expulsión de extranjeros, especialmente elevado en el caso de las dictadas por el TEDH. El desarrollo de la estructura institucional en el ámbito regional europeo ha permitido el establecimiento de estos dos mecanismos judiciales de control, cuya labor ha permitido la creación de un corpus jurisprudencial en el ámbito de la expulsión de extranjeros que,

³⁶ JIMÉNEZ PIERNAS, C. (Dir.), *Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica de España y de la Unión Europea*. Tecnos, Madrid, 2011, p. 79.

en buena medida, profundiza en la erosión de la soberanía estatal. El análisis de la jurisprudencia del TEDH y el TJUE permitirá concretar hasta dónde llegan los límites de la expulsión de extranjeros en el DI contemporáneo, especialmente en el ámbito regional europeo en el que desempeñan sus funciones estos dos Tribunales en el marco de sus respectivos ámbitos competenciales.

La competencia del TEDH se centra en la salvaguarda e interpretación de los derechos recogidos en el CEDH. Por tanto, es un tribunal de DDHH y, en principio, no tiene competencia para pronunciarse acerca de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados; lo que explica su falta de jurisprudencia en este sector normativo. No obstante, el CEDH no se aplica *in a vacuum*, por lo que el TEDH, en su labor de aplicación del CEDH, tiene que tener en cuenta las normas internacionales que vinculan a los EP, en concreto la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Asimismo, la expulsión de un solicitante de protección internacional puede dar lugar a una vulneración, por ejemplo, del art. 3 del CEDH³⁷. En estos casos, puesto que el TEDH garantiza los derechos y libertades de cualquier persona que se encuentre bajo su jurisdicción, muchos de los derechos que contiene el CEDH son aplicables a los extranjeros, lo que incluye también los solicitantes de refugio que se encuentran inmersos en un procedimiento de la expulsión³⁸.

El hecho de que el particular pueda plantear una demanda directamente ante el TEDH, hace que este Tribunal se encuentre afectado por una situación de crisis perenne como consecuencia de la enorme carga de trabajo que asume³⁹. Aun así, como se

³⁷ STEDH de 30 de octubre de 1991, *Vilvarajah y otros y otros c. Reino Unido*, demandas nos. 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87, p. 102 y jurisprudencia citada.

³⁸ Alguna opinión proveniente de la doctrina señala que el TEDH parece haberse convertido también en la jurisdicción de asilo dentro del ámbito de la UE; CLARO QUINTÁNS, I., “Los Tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo como actores en la protección de los refugiados”, en SALINAS DE FRÍAS A.M. y MARTÍNEZ PÉREZ, E.J. (Dirs.), *La Unión Europea y la protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, 20118, 457-466, p. 458.

³⁹ En este sentido, FERRER LLORET, J., “La inmunidad de jurisdicción del Estado ante el TEDH: la alargada sombra del Derecho internacional consuetudinario”, *REEI*, n. 34, 2017, 1-56, p. 46. El TEDH acabó el 2017 con 56.250 demandas pendientes; Annual Report European Court of Human Rights 2017, p. 50. Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2017_ENG.pdf. En este mismo año el TEDH dicta un total de 1.068 sentencias, un 8% más que en 2016. Los EP contra los que se dictaron más sentencias fueron Rusia (305), Turquía (116), Ucrania (87) y Rumanía (69); Annual Report European Court of Human Rights 2017, p. 173. La sobrecarga de trabajo unida a la falta de medios personales y financieros provoca que, por lo general, el Tribunal esté tardando más de media década en emitir una sentencia desde que la demanda es presentada en Estrasburgo; FERRER LLORET, J., “La ejecución de las sentencias del TEDH relativas a la Federación de Rusia y a Turquía: ¿han fracasado las reformas del Protocolo 14?”, *RDCE*, n. 61, 2018, 853-898, p. 857. La sobrecarga de trabajo del TEDH también ha afectado al procedimiento de control de la ejecución de sentencias del TEDH; SALINAS ALCEGA, S., “El nuevo procedimiento de control de la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tras el *proceso de Interlaken*: la evolución técnica de un mecanismo político”, *RGDE*, n. 36, 2015, 1-42, p. 2.

comprobará en los siguientes Capítulos, el TEDH está llevando a cabo un esfuerzo importante a la hora de aplicar los DDHH a los extranjeros afectados por un procedimiento de expulsión, desarrollando un abundante y complejo corpus jurisprudencial sobre este tema, lo que se hace evidente si se consulta el índice de jurisprudencia del presente trabajo. Esta jurisprudencia despliega su eficacia jurídica en los cuarenta y siete EP del COE.

Se debe señalar a este respecto, que las sentencias del TEDH no sólo sirven para resolver los casos que le son planteados, sino que, con carácter general, ayudan a aclarar, salvaguardar y desarrollar los derechos contemplados en el CEDH. De este modo, la jurisprudencia del TEDH contribuye al cumplimiento de las obligaciones emanadas del CEDH por parte de los EP⁴⁰. Como afirma el TEDH, la finalidad del mecanismo de garantía establecido por el CEDH, además de brindar ayuda al individuo:

“is also to determine issues on public-policy grounds in the common interest, thereby raising the general standards of protection of human rights and extending human rights jurisprudence throughout the community of the Convention States”⁴¹.

Sobre la base del principio de *res interpretata* derivado de los arts. 1, 19 y 32 del CEDH⁴², todos los EP tienen la obligación de tener en cuenta las sentencias del Tribunal. Por tanto, con independencia de que el pronunciamiento se encuentre dirigido contra un Estado en particular, la jurisprudencia del TEDH crea un efecto *erga omnes* partes para todos los Estados contratantes⁴³. Ello puede producir un efecto armonizador en la aplicación del CEDH por los órganos judiciales, legislativos y administrativos de los EM en materia de expulsión de extranjeros.

⁴⁰ STEDH de 18 de enero de 1978, *Irlanda c. Reino Unido*, demanda n. 5310/71, párr. 154.

⁴¹ STEDH de 22 de marzo de 2012, *Konstantin Markin c. Rusia*, demanda n. 30078/06, párr. 89 y jurisprudencia citada.

⁴² El art. 1 del Convenio señala que: “las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio”. Por su parte, el art. 19 sostiene que: “con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos, se crea un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante denominado «el Tribunal». Funcionará de manera permanente”. Finalmente, el art. 32 referido a la competencia del Tribunal dispone: “1. La competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus Protocolos que le sean sometidos en las condiciones previstas por los artículos 33, 34, 46 y 47; 2. En caso de impugnación de la competencia del Tribunal, este decidirá sobre la misma”.

⁴³ MJÖLL ARNARDÓTTIR, O., “Res Interpretata, erga omnes effect and the role of the margin of appreciation in giving domestic effect to the judgments of the european court of Human Rights”, *European Journal of International Law*, vol. 28 n. 3, 2017, 819-843, p. 843.

Por su parte, en el ámbito más limitado de la UE, la competencia del TJUE viene marcada por el art. 19 del TUE y los arts. 251 a 281 del TFUE⁴⁴. De acuerdo con el art. 19 del TJUE, este órgano judicial “garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados”. Así, le corresponde interpretar el contenido y alcance de las disposiciones del DUE con carácter general, dejando su aplicación concreta en manos de los tribunales internos. En este sentido, el citado art. 19 del TUE dispone que “los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión”⁴⁵. Pues bien, la jurisprudencia desarrollada por el TJUE en materia de expulsión de extranjeros se ha desarrollado fundamentalmente con carácter prejudicial, conforme al art. 267 del TFUE⁴⁶. Se trata de un mecanismo de cooperación entre los tribunales internos de los Estados y el TJUE en la interpretación y aplicación del DUE. La cuestión prejudicial es una suerte de diálogo entre jueces, cuya importancia radica en el hecho de que las sentencias dictadas por el TJUE en el marco de una cuestión prejudicial, vinculan tanto a la instancia que la plantea como al resto de autoridades públicas de los EM⁴⁷.

El TJUE, a diferencia del TEDH, no es un tribunal de DDHH, sino que su jurisprudencia abarca otras muchas cuestiones cuyo eje principal no es siempre la protección del individuo. Como se ha indicado, el TJUE “sólo protege los derechos fundamentales si se atenta a los mismos en el proceso de interpretación y aplicación de

Universitat d'Alacant

⁴⁴ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE C 202/1, de 7 de junio de 2016).

⁴⁵ Según el apdo. 3 del art. 19 del TUE: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará, de conformidad con los Tratados: a) sobre los recursos interpuestos por un Estado miembro, por una institución o por personas físicas o jurídicas; b) con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones; c) en los demás casos previstos por los Tratados”; Tratado de la Unión Europea (DOUE C 83/15, de 30 de marzo de 2010).

⁴⁶ El art. 267 del TFUE dispone: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión; Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad”.

⁴⁷ SOCA TORRES, I., *La cuestión prejudicial europea. Planteamiento y competencia del Tribunal de Justicia*, Bosch Editor, Barcelona, 2016, p. 425. Como dato que evidencia la importancia de la labor prejudicial llevada a cabo por el Tribunal de Justicia en el seno de la UE, en 2017, de los 699 asuntos resueltos por el Tribunal, 447 se tratan de cuestiones prejudiciales. La duración media de los procedimientos es de 16,4 meses; TJUE, “Informe Anual. Panorámica del año”, 2017, p. 37. Disponible en: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-09/20180421_qdaq18001esn_pdf.pdf

DUE”⁴⁸. En cualquier caso, en la medida en que la CDFUE contiene derechos que se corresponden a derechos garantizados por el CEDH, el significado y alcance de los derechos de la Carta debe ser el mismo que el establecido en el CEDH; sin perjuicio de que el DUE pueda ofrecer una protección más amplia⁴⁹. Sobre esas bases, el TJUE también ha desarrollado una jurisprudencia relevante en materia de expulsión de extranjeros, como se comprobará a lo largo de este trabajo.

Conviene recordar, además, que tal y como dispone el art. 6.3 del TUE, los derechos fundamentales que garantiza el CEDH, forman parte del DUE como principios generales. Por ello, el TJUE mantiene que “los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal”, y la jurisprudencia del TJUE se inspira en los instrumentos internacionales de protección de los DDHH, gozando de un “significado particular” a este respecto el CEDH⁵⁰. Por otra parte, el art. 78 del TFUE establece que la política que, en materia de asilo, pretende desarrollar la UE, debe ajustarse a la Convención de Ginebra y el Protocolo de 1967 sobre el estatuto de los refugiados. Lo que explica que el tribunal de Luxemburgo deba tener en cuenta también dichos instrumentos a la hora de interpretar el DUE, lo que le ha llevado a ocuparse con más frecuencia de los límites que impone la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados a la expulsión de extranjeros (Capítulo I).

Como se va a comprobar en los siguientes Capítulos, la jurisprudencia de los tribunales europeos en materia de expulsión constituye un tema muy amplio, con una jurisprudencia muy abundante, compleja y que presenta temas muy transversales. No obstante, se ha considerado que el esfuerzo y el riesgo que supone el estudio de toda esta jurisprudencia merecen la pena, pues permitirá determinar si las propuestas de la CDI son confirmadas o no en el DI en vigor en el ámbito regional europeo, según es interpretado por estos dos tribunales. Asimismo, este estudio permitirá concluir si la jurisprudencia de estos dos tribunales internacionales de ámbito europeo es de corte más proteccionista con los derechos de los extranjeros, en comparación con las propuestas de la CDI. Al hilo de

⁴⁸ BOU FRANCH, V., “La Unión Europea y los derechos fundamentales: desafíos actuales”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n. 24, 2014, 15-50, p. 32.

⁴⁹ Según el art. 52.3 de la CDFUE: “En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01) (*DOCE* C 364/1, de 18 de diciembre de 2000).

⁵⁰ STJCE de 27 de junio de 2006, *Parlamento Europeo c. Consejo de la Unión Europea*, asunto C-540/03, apdo. 35 y jurisprudencia citada.

esta reflexión podrá valorarse si los tribunales europeos han interpretado y aplicado un DI regional y/o particular en materia de expulsión de extranjeros.

Además, el presente trabajo de investigación permitirá comprobar las sinergias que se desarrollan entre el TEDH y el TJUE a la hora de aplicar la normativa internacional que regula la expulsión de extranjeros. Desde esta perspectiva se va a tratar de demostrar si, hasta la fecha, se ha suscitado o no riesgo de fragmentación entre la jurisprudencia de estos dos órganos judiciales en materia de expulsión de extranjeros. De este modo, se puede valorar si la adhesión de la UE al CEDH plantearía algún problema desde el punto de vista de la actuación judicial de estos dos tribunales en relación a la expulsión de extranjeros.

Por otra parte, es evidente que para España la jurisprudencia de estos dos tribunales europeos presenta una gran importancia debido, como se ha señalado, a la presión migratoria que vienen soportando los Estados europeos de la cuenca norte del mediterráneo. En concreto, en 2017 el número de inmigrantes que llegaron a España desde el norte de África alcanzó la cifra de casi 22.900 personas, más del doble que en 2016⁵¹. Por ello, el análisis de toda esta jurisprudencia del TEDH y del TJUE sobre expulsión de extranjeros, puede ser de interés para todos los operadores jurídicos que en España trabajan en el ámbito de la extranjería, como son las organizaciones internacionales, ONGs, administraciones públicas, jueces, fiscales y abogados.

Además, a fecha de hoy, no se tiene noticia de que la doctrina española iusinternacionalista haya realizado un análisis micro-jurídico de la jurisprudencia de estos dos tribunales en este ámbito con vocación de exhaustividad como el que se propone. Ello sin perjuicio de los estudios sectoriales que se han realizado, de los que se dará cuenta a lo largo de este trabajo y se incluyen en el listado de bibliografía⁵².

Dado que el objeto de estudio de la presente investigación se centra en la jurisprudencia de los tribunales europeos en materia de expulsión de extranjeros⁵³, conviene hacer dos aclaraciones. En primer lugar, este trabajo no se ocupa de estudiar la

⁵¹ Frontex, “Migratory flows in 2017 - Pressure eased on Italy and Greece; Spain saw record numbers”, 5 de enero de 2018. Disponible en: <http://frontex.europa.eu/news/migratory-flows-in-2017-pressure-eased-on-italy-and-greece-spain-saw-record-numbers-8FC2d4>

⁵² Si bien cabe destacar la reciente monografía publicada por BOLLO AROCENA, M.D., *Expulsión de extranjeros, Derecho Internacional y Derecho Europeo*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, que ofrece una valoración de conjunto de la expulsión de extranjeros en el DI.

⁵³ El presente trabajo se centra en la jurisprudencia del TEDH y el TJUE en materia de expulsión de extranjeros. Dada la extensión del mismo, no se entra al análisis de la jurisprudencia interna española, salvo referencias a sentencias importantes y pertinentes al hilo del análisis de la jurisprudencia de los tribunales europeos.

expulsión de ciudadanos de la UE. Si bien a los ciudadanos de la UE se les aplica la jurisprudencia del TEDH y el TJUE, se trata de un ámbito que pertenece a un sector normativo diferente que se encuentra en el marco de la ciudadanía europea y no en el de la expulsión de extranjeros. Sin perjuicio de que este tema sea abordado en un estudio posterior en un futuro próximo. De igual forma, tampoco se aborda la expulsión de nacionales, prohibida por el DI, lo que explica que no se haya dictado jurisprudencia sobre este tema.

En segundo lugar, una aclaración terminológica. Según el art. 2, letra a) del Proyecto de la CDI, 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”⁵⁴.

El órgano técnico-codificador ha creído conveniente precisar que este concepto no incluye la extradición de un extranjero a otro Estado⁵⁵. No obstante, como se comprobará en los siguientes Capítulos, el TEDH aplica el concepto de expulsión a cualquier transferencia de un extranjero de la jurisdicción de un EP a un tercer Estado. Ello incluye la “extradición”, al entenderla como uno de los motivos que puede dar lugar a dicha transferencia. En este sentido, como se demostrará en los siguientes Capítulos (Capítulo III y Capítulo IV), los tribunales europeos aplican un concepto omnicompreensivo de expulsión que es incluye también, entre otros, los casos de extradición.

2. METODOLOGÍA Y FUENTES DE CONOCIMIENTO

Como ya se ha dicho, el objeto de este trabajo es ofrecer una presentación integrada de la jurisprudencia del TEDH y el TJUE relativa a la expulsión de extranjeros. Esta labor

⁵⁴ En relación a la noción de “expulsión” la CDI realiza diversos comentarios. En primer lugar, a la hora de definir el término de “expulsión” la CDI consideró conveniente incluir tanto acto jurídico por el que un Estado compele a una persona a abandonar su territorio, así como el comportamiento atribuible al Estado que produzca ese mismo resultado. En segundo lugar, la Comisión señala que: “la condición según la cual el acto jurídico o el comportamiento que constituyen la expulsión deben ser atribuibles al Estado debe entenderse a la luz de los criterios de atribución previstos en el Capítulo II, primera parte, de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”. En tercer lugar, el comportamiento atribuible a un Estado que puede dar lugar a una expulsión puede adoptar tanto la forma de acción como de omisión. En estos casos la CDI indica que debe quedar establecida la intención del Estado de provocar, mediante su comportamiento, la salida del extranjero de su territorio; Proyecto de la CDI, Doc. A/69/10, comentarios 2), 3) y 4) a la propuesta de art. 2, pp. 23 y 24.

⁵⁵ Proyecto de la CDI, Doc. A/69/10, comentario 5) a la propuesta de art. 2, p. 24.

se basa en el análisis de cientos de sentencias de estos dos tribunales. El análisis de la jurisprudencia del TEDH y el TJUE ha sido cerrado a fecha de 31 de julio de 2018, por lo que la presente investigación no aborda los eventuales pronunciamientos emitidos por estos dos tribunales con posterioridad a esa fecha.

Para el estudio de las decisiones del TEDH y el TJUE, se utiliza como instrumento de análisis el método empírico-inductivo combinado con el lógico-deductivo. En primer lugar, con carácter general, la técnica metodológica empírico-inductiva se basa en la libre observación de la realidad internacional al margen de toda concepción doctrinal o ideológica previa. El método empírico e inductivo favorece la identificación o determinación de las normas mediante la observación de su vigencia, aplicación e interpretación efectiva en el marco de la Sociedad Internacional⁵⁶. Por lo que se refiere en concreto a este trabajo, la aplicación de este primer método se ha materializado a través de un análisis micro-jurídico de cientos de sentencias dictadas por el TEDH y el TJUE.

En segundo lugar, junto al método inductivo, también se ha aplicado el método lógico-deductivo, elemento epistemológico clave para el análisis del ordenamiento internacional y la explicación de sus caracteres. Gracias a este método se ha podido sistematizar toda la jurisprudencia de estos dos tribunales relativa a la expulsión de extranjeros, extrayendo y racionalizando las principales líneas jurisprudenciales que el TEDH y el TJUE han desarrollado sobre la expulsión de extranjeros.

Las dos anteriores vías metodológicas deben entenderse sin perjuicio de que, en tercer y último lugar, en el contexto de esta labor, se aplique un componente axiológico o valorativo de la jurisprudencia estudiada, que incluya propuestas de *lege ferenda*, que traten de ser realistas y viables, a la luz de la práctica analizada.

En cuanto a las fuentes de conocimiento empleadas, la jurisprudencia del TEDH y el TJUE ocupa un lugar preeminente al configurarse como el eje vertebrador del presente trabajo. Si bien se pretende un estudio sistematizado y con vocación de exhaustividad de toda la jurisprudencia de los citados tribunales en materia de expulsión, en ciertas partes del trabajo, como por ejemplo en el Capítulo IV, se ha incidido en el análisis detallado de los casos más relevantes para la materia objeto de estudio, los denominados *leading cases*.

⁵⁶ JIMÉNEZ PIERNAS, C., *El método del Derecho Internacional Público: una aproximación sistémica y transdisciplinaria*, Madrid, 1996, p. 39.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que según lo dispuesto en el art. 76.1 de su Reglamento de procedimiento⁵⁷, el TEDH dictará todas sus sentencias en francés o en inglés, salvo si acuerda dictar una sentencia en ambos idiomas oficiales. Por este motivo, cuando a lo largo del presente trabajo se alude a una cita literal de un pronunciamiento del TEDH se hace en uno de estos dos idiomas. No obstante, los servicios del Departamento de Constitucional y DDHH de la Abogacía del Estado español realizan una traducción de aquellas sentencias en las que, o bien España es parte demandada, o bien el asunto deviene de interés para el Estado⁵⁸. Pese a no tratarse de traducciones oficiales del TEDH, en aquellas sentencias en las que existe una traducción al idioma español realizada por la Abogacía del Estado, se ha hecho uso de la misma con el fin de transcribir literalmente en este idioma determinadas partes del asunto objeto de estudio.

El problema de la traducción de las sentencias no se plantea con los pronunciamientos del TJUE. Si bien conviene añadir que, además de las sentencias, se han tenido muy en cuenta las Conclusiones motivadas de los AG⁵⁹. A pesar de que estas Conclusiones no son jurídicamente vinculantes, contribuyen a enriquecer el debate jurídico y, más en particular, son frecuentemente citadas por el propio TJUE. Como es sabido, dada la sobrecarga de trabajo del TJUE, sus pronunciamientos suelen ser muy breves e incluso, en ocasiones, escuetos. Desde esa perspectiva, el análisis de las Conclusiones permite una valoración más completa de la problemática jurídica sobre la que ha girado el caso. Además, en un elevado porcentaje de casos el TJUE adopta la misma postura jurídica que la que se mantiene en las Conclusiones del AG.

Al hilo del análisis de la jurisprudencia del TEDH y el TJUE, también se harán algunas referencias puntuales a las decisiones de otros órganos de control de DDHH, entre otros, el CDH⁶⁰ y el CAT⁶¹, así como a otros subsistemas regionales de protección de los

⁵⁷ TEDH, “Reglamento de Procedimiento del TEDH”, Estrasburgo, 1 de agosto de 2018. Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_SPA.pdf

⁵⁸ Los pronunciamientos del TEDH traducidos por la Abogacía del Estado al español pueden consultarse en el “área internacional” ubicada dentro de la página web del Ministerio de Justicia del Gobierno de España, disponible en: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/area-internacional/tribunal-europeo-derechos>

⁵⁹ Conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 252 del TFUE: “La función del abogado general consistirá en presentar públicamente, con toda imparcialidad e independencia, conclusiones motivadas sobre los asuntos que, de conformidad con el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, requieran su intervención”.

⁶⁰ El CDH puede examinar comunicados de particulares que denuncien violaciones de los derechos establecidos en el PIDCP, presuntamente cometidas por un EP del Primer Protocolo Facultativo del PIDCP. Actualmente 116 Estados han ratificado dicho Protocolo. Véase en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-5&chapter=4&clang=en

⁶¹ El CAT puede entrar a analizar denuncias de particulares sobre violaciones de los derechos contenidos en la CCT, presuntamente cometidas por EP que hayan formulado la declaración necesaria con arreglo al

DDHH, como la CorteIDH. También se citan fuentes documentales relativas a este sector de normas del DI, como son resoluciones de órganos de OOII, informes de ONGs, etc., pero siempre en el contexto del análisis de la jurisprudencia. Por otra parte, también se incluyen referencias a la doctrina, cuya relevancia no debe despreciarse, tanto como factor de “revelación” del DI, como de “anticipación” de la evolución del Derecho⁶².

3. PLAN DE EXPOSICIÓN

La respuesta del TEDH y el TJUE a la tensión que se presenta en el DI contemporáneo entre los intereses soberanos del Estado y el respeto y protección de los derechos del extranjero objeto de expulsión, se ha estructurado en siete Capítulos. El primer Capítulo se ocupa principalmente de uno de los dos sectores normativos que ha erosionado el principio de soberanía estatal en materia de expulsión de extranjeros: el DI de los Refugiados. Los siguientes seis Capítulos se ocupan del segundo sector normativo que ha producido ese efecto erosionador de la soberanía estatal: el DIDH.

El Capítulo I tiene como misión abordar los límites a la soberanía del Estado en materia de expulsión a consecuencia del desarrollo del DI de los Refugiados. La Convención de Ginebra y su Protocolo constituyen la piedra angular del régimen jurídico internacional de protección de los refugiados, instrumentos normativos de los que son parte todos los EM de la UE. En el seno del DUE se intenta asegurar que los EM apliquen criterios comunes para identificar a las personas que realmente necesitan protección internacional. Para ello, el TJUE interpreta la normativa europea que aplica la Convención de 1951, además de desarrollar a nivel europeo otra forma de protección: el estatuto de protección subsidiaria. El Capítulo I estudia la jurisprudencia del TJUE que interpreta los criterios que determinan la concesión de protección internacional –tanto el estatuto de refugiado, como el estatuto de protección subsidiaria– como límites a la soberanía de los Estados en materia de expulsión de extranjeros. Dado que el CEDH no recoge el derecho al asilo, la escasa jurisprudencia del TEDH se ha centrado en aspectos puntuales, como por ejemplo la protección del individuo por cuestiones de índole religiosa, como también se comprobará en este Capítulo I.

art. 22 de esta Convención. Actualmente 77 Estados han formulado esta declaración. Véase en: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&clang=en

⁶² RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C., “Funciones de la doctrina en el Derecho Internacional”, en VV.AA., *Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Estudios en honor del profesor D. Antonio Truyol Serra*, vol. II, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad Complutense de Madrid, 1986, 1059-1072, p. 1071.

El Capítulo II está dedicado al análisis de la efectiva aplicación y vigencia del derecho a la vida como límite a la expulsión de extranjeros. Puesto que es un derecho que se encuentra reconocido en el CEDH, la jurisprudencia del TEDH monopoliza este Capítulo. En concreto, se analiza como la abolición de la pena de muerte en el seno del COE ha supuesto un límite a la expulsión de extranjeros hacia los Estados de destino en los que el extranjero puede verse sometido tanto a la pena capital, como a la denegación de un juicio justo cuya condena es la pena de muerte.

El Capítulo III estudia la efectiva aplicación del derecho a no sufrir tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes, como límite a la expulsión de extranjeros. El control del respeto de este derecho ha sido el que más ha ocupado la labor del TEDH en materia de expulsión de extranjeros. La jurisprudencia del TJUE, aunque en menor medida, también se ha dedicado a la interpretación de este derecho en el marco normativo europeo que regula la expulsión. El carácter absoluto de la prohibición de tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes, unido a la aplicación extraterritorial que realizan los tribunales europeos, hace que esta prohibición alcance múltiples implicaciones, que serán objeto de análisis en el Capítulo III. En concreto, se estudian los casos de expulsión a un tercer Estado cuando el riesgo de tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes son ocasionados por parte de agentes estatales, de agentes no estatales, así como por consideraciones de salud. La importancia que el TEDH concede a la protección del sujeto contra la tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes en el ámbito de la expulsión se materializa en la aplicación de medidas cautelares. La tensión entre la soberanía del Estado en materia de expulsión y los DDHH, también es tangible en la jurisprudencia que examina las alternativas “seguras” a la expulsión del extranjero al Estado de destino en el que corre el riesgo de ser sometido a tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes de las que dispone el EP. En concreto, en este contexto se estudia el recurso a las garantías diplomáticas, la reubicación del extranjero en el Estado de destino o su expulsión a un tercer Estado denominado “seguro”.

El Capítulo IV está dedicado al análisis de la jurisprudencia acerca de la prohibición de las expulsiones colectivas como límite a la expulsión de extranjeros. Se trata de una prohibición recogida en el art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH, por lo que el TEDH se ocupa de salvaguardar e interpretar su contenido. La aplicación extraterritorial que realiza este tribunal de la prohibición de las expulsiones colectivas le lleva a aplicar el art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH, tanto en el medio marítimo como en las fronteras de los EP. En

concreto, se analizan sus *leading cases* en esta materia: *Hirsi Jamaa y otros c. Italia y N.D. y N.T. c. España*.

El Capítulo V se centra en el respeto a la vida privada y familiar del extranjero como límite a la expulsión. De estos dos derechos, el derecho a la vida familiar ha sido el que ha motivado más jurisprudencia por parte del TEDH. Se trata de un derecho que no es absoluto, por lo que el art. 8 del CEDH admite su injerencia siempre y cuando la misma se encuentre prevista por la ley y el objetivo de la injerencia sea legítimo, así como necesario en una sociedad democrática. Con la finalidad de concretar cuándo el derecho a la vida familiar supone o no un límite a la expulsión de extranjeros, el TEDH se ha encargado de establecer una serie de criterios que serán objeto de análisis en este Capítulo V.

A diferencia del CEDH y la jurisprudencia desarrollada por el TEDH, el DUE no regula un derecho a la vida privada y familiar en el caso de las familias integradas exclusivamente por extranjeros en situación irregular. No obstante, por una parte, el derecho a la reunificación familiar y, por otra parte, el ejercicio de determinados derechos vinculados al estatuto de ciudadanía protege, respectivamente, la vida familiar de los extranjeros miembros de la familia de un extranjero residente legalmente en un EM, así como a los familiares extranjeros de un ciudadano europeo. La denegación de entrada o de residencia, así como la expulsión de un extranjero miembro de la familia con derecho a reunificación de un ciudadano de la Unión puede vulnerar el DUE, según ha reconocido el TJUE, cuestiones que también se estudian en este Capítulo V.

El Capítulo VI se ocupa del derecho a la libertad y a la seguridad del extranjero objeto de expulsión. En concreto, aborda la tensión entre este derecho y el ejercicio de la soberanía del Estado a la hora de asegurar la ejecución de la decisión de expulsión llevando a cabo la detención de extranjeros. Al igual que sucede en el caso del derecho a la vida privada y familiar, para vulnerar el derecho a la libertad y a la seguridad del individuo mediante la detención es necesario que se verifique que la adopción de esta medida no es arbitraria. Para ello, en el Capítulo VI se estudia cómo la jurisprudencia del TEDH y el TJUE abordan, entre otras cuestiones, la prohibición de arbitrariedad como fundamento de la detención de extranjeros; las garantías procesales en el marco de la detención; las condiciones de la detención; el cómputo del tiempo de detención a los efectos de poner fin a la medida privativa de libertad; así como el régimen de detención de los colectivos especialmente vulnerables: los menores extranjeros y los solicitantes de protección internacional.

Por último, el Capítulo VII está dedicado a los derechos o garantías procesales que deben acompañar al procedimiento de expulsión. En concreto, en este Capítulo se analizan, por un lado, los motivos por los que un Estado puede decidir adoptar la decisión de expulsión. El CEDH no regula la expulsión de extranjeros como procedimiento. Por tanto, la tarea del TEDH en este ámbito es analizar las eventuales vulneraciones de DDHH que pueden producirse en el marco de un procedimiento de expulsión. Por su parte, el DUE sí que establece normas y procedimientos comunes de aplicación en los EM para el retorno de extranjeros en situación administrativa irregular, concretados en la Directiva 2008/115/CE (también denominada Directiva Retorno)⁶³. El TJUE, con el fin de salvaguardar el efecto útil de la citada norma europea, establece límites a la soberanía de los EM a la hora de adoptar la decisión de expulsión. En concreto, en este Capítulo se analizan las salvaguardas establecidas por el TJUE en los casos en los que el extranjero objeto de expulsión solicita protección internacional. Así como los límites impuestos por este Tribunal a la competencia de los EM a la hora de sancionar la estancia irregular, especialmente en materia penal. Asimismo, se estudian los criterios utilizados por el Tribunal para determinar que el extranjero es expulsado en cumplimiento de una resolución adoptada conforme a la ley. Por último, en el Capítulo VII también se da cuenta del contenido y alcance que, tanto el TEDH, en el marco del CEDH, como el TJUE, en aplicación de la Directiva Retorno, conceden a los derechos que deben operar a lo largo del procedimiento de expulsión. Estos son: el derecho del extranjero a ser oído, el derecho a estar representado ante la autoridad competente, y el derecho a ser asistido por un intérprete.

El trabajo finaliza con un apartado de Conclusiones en las que se concretan las principales líneas argumentales y se presenta una valoración general y de conjunto de todo el análisis de la jurisprudencia que se ha llevado a cabo. Además, este trabajo se acompaña de un índice de bibliografía, de las fuentes legales, documentales y, por supuesto, de los anexos correspondientes de jurisprudencia.

⁶³ Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (*DOUE* L 348/98, de 24 de diciembre de 2008). Esta norma constituye un desarrollo del acervo Schengen respecto a los nacionales de terceros Estados que no cumplen o han dejado de cumplir las condiciones de entrada previstas en el Código de Fronteras Schengen. Los procedimientos de retorno de nacionales de terceros Estados en situación irregular contemplados en la Directiva 2008/115/CE, constituyen normas y procedimientos comunes para los EM en el retorno de este colectivo. La finalidad de esta norma europea es la de contribuir a establecer “una política eficaz de expulsión y repatriación, basada en normas comunes, para que las personas sean retornadas humanamente y respetando plenamente sus derechos humanos y su dignidad”, tal y como señala el considerando segundo de la Directiva.

INTRODUCTION

1. SUBJECT OF INVESTIGATION

In recent years the migratory pressure has increased on some European States, in particular of the northern Mediterranean basin, such as Italy or Greece, among others. As a consequence, mostly, of the conflicts that take place in the States of the neighbourhood more or less close to the EU, such as the Arab Republic of Syria⁶⁴, Afghanistan or Iraq, among others. Suffice it to say in this regard that in 2016, around 390,000 people arrived in Europe by sea or land through the Mediterranean region, of which more than 360,000 did so by sea. As a result, the Central Mediterranean route from Libya to Malta and Italy has been the most dangerous for irregular migrants from around the world in 2016, with more than 4,500 deaths and disappearances. This death toll is the highest recorded so far in the region⁶⁵.

In this context, the expulsion of aliens in an irregular situation is a matter of undoubted interest and relevance for all the countries of Europe since, as the European Commission points out, the expulsion of aliens is an essential part of the global efforts carried out by the EU to deal with the migration crisis and, in particular, to reduce irregular immigration⁶⁶. In 2015, a total of 227,975 third-country nationals were expelled from the EU in compliance with an administrative expulsion decision. In 2016 the number of expulsions amounted to 250,015, decreasing in 2017 with 214,150 expulsions⁶⁷.

In historical perspective, until the Second World War, IL established the right of States to expel aliens as an absolute right. The historical form of the law in force until 1945, called classical IL, makes the sovereign State the centre of gravity of the international order established after the Peace of Westphalia. The Law of classical IL is devoid of authoritarian basis and stable institutions, so the sovereign state is the

⁶⁴ On the Syrian conflict see, FERRER LLORET, J., “La Unión Europea ante el conflicto sirio (2014-2016): ¿Una potencia normativa?”, in MARTÍNEZ CAPDEVILA, C. y MARTÍNEZ PÉREZ, E.J. (Dirs.), *Retos para la acción exterior de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 21-47.

⁶⁵ IO for Migration "The *World Migration Report 2018*", Geneva, 2018, p. 81. Available on: https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2018_en.pdf (All accesses to the web pages mentioned throughout this work have been consulted for the last time on December 1, 2018).

⁶⁶ European Commission, "Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. EU action plan on return ", COM (2015) 453 final. Brussels, September 9, 2015, p. 2.

⁶⁷ Data extracted from Eurostat. Available at: <http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/submitViewTableAction.do>

protagonist of international relations⁶⁸. The law of this society of States is concerned above all in regulating relations of coexistence and cooperation between sovereign States in a legal system based on voluntarism, relativism, neutrality and positivism. These distinctive notes make the classical IL is based on inter-state relations⁶⁹ and leave the perspective of human rights aside⁷⁰.

In the classical IL, the right of a State to expel aliens from its territory discretionally was considered an attribute of the sovereignty of the State, so that the exercise of such right did not imply in any case incurring international responsibility⁷¹. This was recognized, for example, in a judgment of 1893, issued by the US Supreme Court, in which it is maintained that the right of a nation to expel aliens is as absolute and unconditional as the right to prevent their entry into the territory of the State, this being an inherent right to the State and inalienable⁷². Therefore, in the classical IL the faculty of each State to expel aliens is a consequence of its sovereignty, without any limitation⁷³. The Resolution approved by the ILL at the Geneva session of 1892 is expressed in these terms:

Considérant que, pour chaque Etat, le droit d'admettre ou de ne pas admettre des étrangers sur son territoire, ou de ne les y admettre que conditionnellement, ou de les en expulser, est une conséquence logique et nécessaire de sa souveraineté et de son indépendance⁷⁴.

⁶⁸ DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tomo I, 10^a ed., Tecnos, Madrid, 1994, p. 61.

⁶⁹ CASANOVAS, O. y RODRIGO, A.J., *Compendio de Derecho Internacional Público*, 7^a ed., Tecnos, Madrid, 2018, p. 56.

⁷⁰ CARRILLO SALCEDO, J.A., "Influencia de los derechos humanos en la evolución del derecho internacional: hacia una relectura de la función de los Estados en el orden internacional contemporáneo", in DRNAS DE CLÉMENT, Z. (Coord.), *Estudios de derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, vol. 1, Drnas-Lerner, Argentina, 2002, 729-734, p. 730.

⁷¹ SØRENSEN, M. (Ed.), *Manual of public international law*, Macmillan, London| St. Martin's Press, New York, 1968, p. 482.

⁷² *Fong Yue Ting v. U.S.*, 149 U.S. 698 (1893), pages. 707 y 711. Quoted by the Special Rapporteur for the Draft Art. of the ILC on the expulsion of aliens; ILC, "Third report on the expulsion of aliens, by Mr. Maurice Kamto, Special Rapporteur", A/CN.4/581, 19 April 2007, p. 8.

⁷³ DE BOECK, C., "L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique", *Recueil des cours = Académie de droit international de La Haye / Collected courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 18, 1927, 443-650, p. 472.

⁷⁴ In the explanatory memorandum of the Resolution of the IIL is stated that: "'Considérant que, pour chaque Etat, le droit d'admettre ou de ne pas admettre des étrangers sur son territoire, ou de ne les y admettre que conditionnellement, ou de les en expulser, est une conséquence logique et nécessaire de sa souveraineté et de son indépendance"; IIL, "Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers" (Rapporteurs: MM L.-J.-D. Féraud-Giraud et Ludwig von Bar). Session de Genève - 1892. Available at: http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1892_gen_01_fr.pdf

As will be demonstrated throughout this research work, in the contemporary IL state sovereignty in the field of the expulsion of aliens has been strongly eroded, fundamentally by the development that has occurred from two policy areas. On the one hand, a more specific regulatory field such as the IL of Refugees and, on the other hand, a more general one such as the IHRL.

The IL of Refugees is based on the Convention Relating to the Status of Refugees⁷⁵ (also known as the 1951 Convention or Geneva Convention). The 1951 Convention is supplemented by the Protocol relating to the Status of Refugees of January 31, 1967⁷⁶. Both legal instruments are the modern legal representation of the old universal tradition to grant asylum to those who are in danger in their State of origin. They are the only instruments with a universal vocation that specifically regulate the treatment given to those who are forced to leave their countries of origin due to the risk of persecution⁷⁷.

The IHRL also limits the traditional discretion enjoyed by the State when it comes to expelling aliens⁷⁸. The UN Charter and the UDHR set the starting point for an area of legal discipline: the IHRL. This regulatory area "expresa un cambio profundo del DI en su conjunto y en la consideración de la soberanía del Estado como algo absoluto"⁷⁹. As CARRILLO SALCEDO points out, the IHRL, born from the Charter of the UN and the UDHR, transforms the sovereignty of the State, since "por ser soberanos, los Estados tienen obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos respecto a la comunidad internacional en su conjunto"⁸⁰. These legal obligations, specified through a network of

⁷⁵ Convention Relating to the Status of Refugees, adopted in Geneva, Switzerland, on July 28, 1951 by the Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons (UN), convened by the UNGA in its resolution 429 (V), of December 14, 1950 (*BOE* n. 252, of October 21, 1978). Spain deposits its instrument of accession on August 14, 1978 (*BOE* n. 252, of October 21, 1978).

⁷⁶ Protocol relating to the Status of Refugees, signed in New York on January 31, 1967 (*BOE* n. 252, October 21, 1978).

⁷⁷ TÜRK, V. y NICHOLSON, F., "Protección de los refugiados en el derecho internacional: una perspectiva general", en FELLER E., TÜRK, V. y NICHOLSON, F. (Eds.), *Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas globales de ACNUR sobre Protección Internacional*, Icaria Editorial, Barcelona, 2010, 3-49, p. 3

⁷⁸ In this sense, JENNINGS, R. and WATTS, A. (Eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th ed., Longman, London | New York, 1996, p. 940

⁷⁹ CASADO RAIGÓN, R., *Derecho Internacional*, 2nd ed., Tecnos, Madrid, 2014, p. 355. It has been pointed out that, in particular, with the creation of the UN, whose Charter enters into force on October 24, 1945 "se inaugura la época del Derecho Internacional contemporáneo en sentido estricto que, en los últimos sesenta años, se ha universalizado, expandido y diversificado enormemente, aunque sin perder su carácter unitario como único ordenamiento jurídico de toda la Comunidad Internacional"; MARINO MENÉNDEZ, F.M., *Derecho Internacional Público. Parte general*, 4th ed., Trotta, Madrid, 2005, p. 59.

⁸⁰ CARRILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, 2nd ed., Tecnos, Madrid, 2001, p. 185.

treaties with universal and also regional scope, in particular the ECHR⁸¹, that it is applied to any individual regardless of their nationality⁸², and thus, it is also applied to aliens who are subject to an expulsion procedure.

Although, as the ILC acknowledged not long ago, the expulsion of aliens is an issue that has been treated indirectly from different perspectives by conventions and agreements of a regional and bilateral nature. However, there is no international instrument that regulates this issue with a universal vocation⁸³. The importance and topicality of the expulsion of aliens⁸⁴ has led the ILC to focus its efforts on codification and progressive development, on the tension between the sovereign interests of the State and the respect and protection of the IL of refugees and human rights of the alien subject to expulsion, in order to clarify, consolidate and develop this regulatory framework of contemporary IL⁸⁵.

In 2004, the ILC incorporated the topic "the expulsion of aliens" into its current work programme and appointed Mr. Maurice Kamto as Rapporteur (hereinafter, Rapporteur or Rapporteur of the Commission)⁸⁶. From 2005 to 2012, the ILC receives and examines a

⁸¹ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, adopted for the CoE of November 4, 1950 (*BOE* n. 253, of October 10, 1979).

⁸² On the consequences of the regulatory development of the IHRL on state sovereignty and, more particularly, on the link of nationality as a condition for exercising the protection of the individual, see CRESPO NAVARRO, E., *Nuevas formas de protección del individuo en Derecho Internacional. La erosión del vínculo de la nacionalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

⁸³ Expulsion of aliens - Memorandum by the Secretariat, A/CN.4/565, 10 July 2006, para. 4.

⁸⁴ The erosion of state sovereignty in terms of expulsion has recently been highlighted by the IIL in its final Resolution "Migrations de masse", adopted at the Hyderabad session of 2017, whose Rapporteur is Maurice Kamto. In this Resolution, among other issues, the IIL recognizes the legitimate right of States to control their borders and exercise their sovereignty regarding the entry and exit of aliens from their territory. However, it also recalls that the situation of migrants en masse requires the special attention of States and the international community in order to address the basic issues of humanity that arise in migration and expulsion procedures: IIL, "Migrations de masse" (Rapporteur: M. Maurice Kamto). Hyderabad Session - 2017. Available at: <http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/08/16-RES-FINALE-FR-COR.pdf> The IIL, convinced of the need to reinforce the framework of mass migration adopts this resolution whose purpose is, through twenty-two articles, to recall and contribute to the development of the regulations applicable to international mass migration.

⁸⁵ See GUTIÉRREZ ESPADA, C. and CERVELL HORTAL, M.J., *El Derecho internacional en la encrucijada. Curso general de Derecho Internacional Público*, 4th year, Ed. Trotta, Madrid, 2017, p. 221. In 1998, the Commission took note of the Report of the Planning Group, which included the topic "expulsion of aliens" as one of the issues that could be included in the future of the Commission's long-term work programme; Report of the Commission on the work of its fiftieth session, April 20 to June 12, 1998 and July 27 to August 14, 1998, UNGA Official Records Fifty-third Session Supplement No. 10 (A/53/10), para. 554. In 2000, it was decided to include this topic in its long-term work programme; Report of the ILC on the work of its forty-ninth session, May 12 to July 18, 1997 and July 27 to August 14, 1998. UNGA Official Records. Fifty-second session Supplement No. 10 (A/52/10), para. 554.

⁸⁶ Report of the ILC on the work carried out during its 56th session, May 3 to June 4 and July 5 to August 6, 2004. UNGA Official Documents. Fifty-ninth session Supplement No. 10 (A/59/10), para. 364.

total of eight reports prepared by the rapporteur⁸⁷. In 2012, it approved thirty-two proposals for articles on the expulsion of aliens, with their corresponding comments⁸⁸. In accordance with arts. 16 to 21 of its Statute, the ILC decides to refer the Articles Project, through the Secretary General, to the Governments of the States so that they can make comments and observations on the project. The opinions and proposals of the Governments to the projects of the articles approved at first reading are compiled by the Rapporteur of the ILC in its ninth report⁸⁹. The examination of this last report leads the ILC to entrust the Drafting Committee with the second reading of the Draft Articles according to the proposals of the Special Rapporteur. The examination of the Drafting Committee's report by the ILC leads to the approval of a draft of thirty-one articles on the expulsion of aliens and their comments at second reading (hereinafter referred to as the Draft of articles of the ILC)⁹⁰.

In view of the comments and observations provided by the Governments, it is not at all foreseeable that the draft of articles on the expulsion of aliens becomes an international treaty. Most of the States that have expressed their opinion as to the final form that the

⁸⁷ ILC, "Preliminary report on the expulsion of aliens. Presented by Maurice Kamto, Special Rapporteur, "A/CN.4/554, April 4, 2005; "Second report on the expulsion of aliens. Presented by Maurice Kamto, Special Rapporteur, "A/CN.4/573, July 20, 2006; "Third report on the expulsion of aliens. Presented by Maurice Kamto, Special Rapporteur, "A/CN.4/581, April 19, 2007; "Fourth report on the expulsion of aliens. Presented by Maurice Kamto, Special Rapporteur, "A/CN.4 / 594, March 24, 2008; "Fifth report on the expulsion of aliens. Presented by Maurice Kamto, Special Rapporteur, "A/CN.4/611, March 27, 2009; "Sixth report on the expulsion of aliens. Presented by Maurice Kamto, Special Rapporteur, "A/CN.4/625, March 19, 2010, and two addenda to the sixth report, the first on May 28, 2010 (A/CN.4/625/Add.1) and the second of July 9, 2010 (A/CN.4/625/Add.2); "Seventh report on the expulsion of aliens. Presented by Maurice Kamto, Special Rapporteur, "A/CN.4/642, May 4, 2011; "Eighth report on the expulsion of aliens. Presented by Maurice Kamto, Special Rapporteur, "A/CN.4/651, March 22, 2012. In addition, from these reports, during all this time, the ILC receives: a new version of the draft articles on the protection of human rights of the person being expelled reordered by the Rapporteur of the Commission in the light of the debate held in plenary session [Report of the Commission on the work of its sixty-first session, May 4 to June 5 and 6 July to August 7, 2009, "Expulsion of aliens. Draft articles on the protection of the human rights of expelled persons or in the process of being expelled, reordered by the Special Rapporteur, Mr. Maurice Kamto, in light of the debate held in plenary session during the first part of this session ", A/CN.4/617, July 21, 2009]; a new draft work plan submitted by the rapporteur for the purpose of organizing the draft articles ["Expulsion of aliens". Document A/CN.4/618. New draft work plan, by Mr. Maurice Kamto, Special Rapporteur, July 21, 2009]; a memorandum from the Secretariat ["Expulsion of aliens. Memorandum of the Secretariat ", A/CN.4/565, July 10, 2006]; as well as observations and information transmitted by the Governments [Report of the Commission on the work done at its sixty-first session, May 4 to June 5 and July 6 to August 7, 2009, "Expulsion of aliens. Observations and information received from the Governments ", A/CN.4/604, August 26, 2008].

⁸⁸ Report of the ILC on the work carried out during its 64th session (May 7 to June 1 and July 2 to August 3, 2012). UNGA, Official Records, Sixty-seventh Session Supplement No. 10 (A/67/10).

⁸⁹ ILC, "Ninth report on the expulsion of aliens. Presented by Maurice Kamto, Special Rapporteur, "A/CN.4/670, March 25, 2014.

⁹⁰ Draft articles on the expulsion of aliens approved at second reading by the ILC ", Report of the ILC on the work done at its 66th session (May 5 to June 6 and July 7 to August 8, 2014). UNGA, Official Records, 69th Session Supplement No. 10 (A/69/10). Hereafter, Draft ILC, Doc. A/69/10.

project should adopt, consider that the expulsion of aliens is not an adequate topic that lends itself to codification. The group of states that refuses to adopt an international treaty on the subject, among which are the US, Canada, France or Greece, countries that are predominantly importers of immigration, believes that the most appropriate final form for the work of the ILC on the expulsion of aliens is the set of guidelines or guiding principles that guide States in this area⁹¹. These guidelines may have legal relevance as *soft law*, since they allow their recipients a wide margin of appreciation, as non-binding instruments⁹².

⁹¹ In this sense the opinion of Canada is expressed, and Portugal in, UNGA, Sixth Committee. "Agenda item 79: Report of the International Law Commission on the work of its 63rd and 64th sessions", A/C.6/67/SR.19, December 4, 2012, paras. 16 and 60; Australia and Hungary in, UNGA, Sixth Committee. "Agenda item 79: Report of the International Law Commission on the work of its 63rd and 64th sessions (continued)", A/C.6/67/SR.20, 2 January 2013, paras. 4 and 50; the EU, Finland, Romania, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Ireland; UNGA, "Agenda item 78: report of the International Law Commission on the work of its 66th session", A/C.6/69/SR.19, November 17, 2014, paras. 69, 77, 139, 165 and 171; Netherlands, China, Poland, Singapore, Slovakia, UNGA, "Agenda item 78: report of the International Law Commission on the work of its sixty-sixth session (continued)", A/C.6/69/SR.20, November 10, 2014, p. 11, 22, 35, 37 and 72; New Zealand, Spain and the Republic of Korea at, UNGA, Agenda Item 78: Report of the International Law Commission on the work of its Sixty-sixth Session (continued) ", A/C.6/69/SR.21 , November 18, 2014, p. 21, 30, 37, 43; France at, UNGA, "Agenda item 78: report of the International Law Commission on the work of its sixty-sixth session (continued)", A/C.6/69/SR.22, November 11, 2014 , pair. 36; Sudan, Czech Republic, Saudi Arabia and Iran in, UNGA, "Agenda Item 82: Expulsion of aliens", A/C.6/72/SR.14, October 12, 2017, paras. 61, 66, 67, 69, 70. For its part, Greece considers that the issue of the expulsion of aliens is best dealt with through regional instruments and through the jurisprudence of the judicial bodies. In this regard, it highlights, on the one hand, the European legislation incorporated by the MS on the protection of human rights and, on the other hand, the corpus of jurisprudence of the ECHR in which, in its opinion, criteria are established that achieve a fair balance between the right of the State to expulsion to a alien and respect for the human rights of the persons subject to expulsion; UNGA, Sixth Committee. "Agenda Item 82: Expulsion of aliens (continued)", A/C.6/72/SR.15, October 31, 2017, para. 2. A different question is whether Greece complies with the provisions of the ECHR and the jurisprudence developed by the ECHR, something that can be verified in the present work. Regarding the form of the Draft of articles of the ILC, TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO points out that "la celebración de un tratado internacional que exclusivamente codifique las normas internacionales existentes tendrá utilidad para resolver los problemas a los que nos enfrentamos. El desarrollo progresivo del derecho en este punto materializado en un tratado que pretenda dar una respuesta a los problemas actuales que plante la migración teniendo en cuenta un enfoque en los Derechos Humanos puede abocarlo al fracaso derivado de la ausencia de compromiso de los Estados que son destino de migraciones"; TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., "Los derechos humanos como límite a la gestión de los flujos migratorios mixtos", *REEI*, n. 36, 2018, 1-25, p. 24.

⁹² GUTIÉRREZ ESPADA, C. and CERVELL HORTAL, M.J., *El Derecho internacional en la encrucijada. Curso general de Derecho Internacional Público*, 4th year, Ed. Trotta, Madrid, 2017, p. 125. In general, in the last two decades, the work of the ILC has rarely resulted in the traditional option: a draft of articles with a view to becoming a universally adopted international agreement. The adoption of a set of guidelines or guiding principles is a decision that has been followed in other policy areas, as has happened with the issue of unilateral acts of States; after ten years of efforts by the UNGA, it adopts the text "Guiding principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations", A/61/102006, p. 409 et seq. TORRES CAZORLA points out that, with the mission practically impossible to adopt a conventional text on the subject of unilateral acts, the Commission did what it could do well and is to establish, through guiding principles, minimum common denominators of some unilateral acts in the form of a declaration from which "cabían deducir ciertos aspectos corroborados por la propia jurisprudencial internacional"; TORRES CAZORLA, M.I., *Los actos unilaterales de los Estados*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 167. However, there are exceptions such as the 2004 Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property. After twenty-seven years since the GA, through Resolution 32/151, invited the Commission to begin work

On the other hand, there are very few States that are in favour of adopting an international treaty based on the proposal of the ILC. Within this other group of States are Belarus, Cuba and the Congo, mostly exporters of immigration, who consider that few subjects lend themselves as much to coding as this⁹³. More ambiguous is the position of some States such as Denmark, on behalf of the Nordic countries - Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden - considering that in the light of contemporary global and regional processes in relation to migration, the UNGA postpone the decision on the subject for some years⁹⁴.

on the subject of jurisdictional immunities of States and their property, the Convention on jurisdictional immunities of States and their property was adopted in New York on December 2, 2004, and was opened for signature in New York on January 17, 2005. However, at present, it has not yet entered into force because it requires the deposit of thirty instruments of ratification or accession. To date, the Convention has twenty-eight signatures and twenty-two parties, including Spain, which acceded to the Convention on September 21, 2011. See these data at: [https://treaties.un.org/pages/ShowMTDSGDetails.aspx?src=UNTSOONLINE & tabid = 2 & mtdsg_no = III-13 & chapter = 3 & lang = en](https://treaties.un.org/pages/ShowMTDSGDetails.aspx?src=UNTSOONLINE&tabid=2&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en)

⁹³ See the comments of Belarus in, UNGA, "Agenda item 78: report of the International Law Commission on the work of its sixty-sixth session (continued)", A/C.6/69/SR.20, 10 November 2014, par. 77; Cuba, UNGA, "Agenda Item 82: Expulsion of aliens", A/C.6/72/SR.14, October 12, 2017, par. 79, par. 56; Congo in, UNGA, Sixth Committee. "Agenda Item 82: Expulsion of aliens (continued)", A/C.6/72/SR.15, October 31, 2017, para. 10. Despite the distinction between two blocs of States, importers of immigration and exporters of immigration, we can say that international reality may be more complex and may not reflect this distinction clearly. For example, South Africa has endured migratory pressure from neighbouring countries, especially Zimbabwe, Mozambique and Lesotho, which is an example of immigration from South to South. In 2017, some 4,036,696 immigrants lived in South Africa, which is 7.14% of the population of South Africa. Of these, 22.56% come from Zimbabwe, 13.25% from Mozambique and 10.86% from Lesotho. See these data at: <https://datosmacro.expansion.com/demografia/migracion/inmigracion/sudafrica>. Regarding the Draft of articles of the ILC, South Africa considers that it generally conforms to its legislation. While noting the continued references of the Commission to progressive development, it considers that "its new approach to make a strict distinction between progressive development and codification is regrettable"; UNGA, "Agenda item 78: report of the International Law Commission on the work of its sixty-sixth session (continued)", A/C.6/69/SR.20, November 10, 2014, paras. 98 and 100. Regarding the Project of arts. of the ILC, South Africa considers that it generally conforms to its legislation. While noting the continued references of the Commission to progressive development, it considers that "its new approach to make a strict distinction between progressive development and codification is regrettable"; UNGA, "Agenda item 78: report of the International Law Commission on the work of its sixty-sixth session (continued)", A/C.6/69/SR.20, November 10, 2014, paras. 98 and 100.

⁹⁴ UNGA, Sixth Committee. "Agenda item 82: expulsion of aliens", A/C.6/72/SR.14, October 12, 2017, par. 52. In particular, the Nordic countries refer to the work undertaken to conclude a global Compact for safe, orderly and regular migration. In the New York Declaration for Refugees and Migrants, adopted in September 2016, for the first time within the UN, the UNGA decides to commit itself to addressing the problem of international migration by developing a global Compact for safe, orderly and regular migration; UNGA, Resolution adopted on September 19, 2016, "New York Declaration for Refugees and Migrants," A/RES/71/1, October 3, 2016, annex II. The intergovernmental conference to adopt the Pact was held in Marrakech, Morocco, on December 10 and 11, 2018. In art. 22 of the Resolution of the 2017 IIL on "Migrations de masse" States are encouraged to negotiate a basic legal instrument, of a universal nature, that regulates direct cooperation between the States of origin and destination in relation to mass migration flows including temporary migratory flows. Recently, on December 19, 2018, the GA approved the Global Compact for Migration, composed of twenty-three objectives, with the vote in favour of one hundred and fifty-two countries, the vote against five states -EU, Hungary, Czech Republic, Poland and Israel- and twelve abstentions; UNGA, Resolution approved on December 19, 2018, "Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration", A/RES/73/195.

Therefore, it is very unlikely that an international treaty on this subject will be adopted. In fact, very few States have been concerned to defend their legal position before the Commission; only a small minority of the UN MS have been involved in the discussions of the Sixth Committee. The lack of participation may be due to the States' lack of interest in providing legal certainty regarding the expulsion of aliens, in order to continue enjoying the greatest possible discretion in this area⁹⁵. The States have already demonstrated their apathy by committing themselves through international legal instruments to the protection of the human rights of aliens, as demonstrated by the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families⁹⁶, signed by thirty-six States and ratified by forty-seven, among which there is no Western state⁹⁷.

The UNGA has not shown interest in this issue. The last decision of the UNGA, of December 2017, was to include this topic in the provisional agenda of its seventy-fifth session (2020) with a view to examining the form that could be given to the Draft of articles⁹⁸.

In view of the observations raised by the States and the calmness shown by the UNGA, a good deal of scepticism must be maintained about the possibility that the draft of articles of the ILC on the expulsion of aliens becomes an international convention. But not for that reason all the work developed by the ILC for about a decade, through meetings, reports and drafts articles, came to nothing. This coding process allows to know the practice of the States in this area, and in the last resort it can even be an excellent meeting point to share the *opinio iuris* of the States⁹⁹. Therefore, the Draft articles of the

⁹⁵ In this sense, GONZÁLEZ VEGA points out that “el sistema jurídico internacional revela aún hoy en día frente al fenómeno migratorio una impronta ultraliberal, renuente a embridar la libertad de acción de los Estados”; GONZÁLEZ VEGA, J.A., “En torno a los otros europeos: Derecho Internacional y Derecho Europeo ante la inmigración”, in HIDALGO TUÑÓN, A. y GARCÍA FERNÁNDEZ, R. (Coords.), *Ética, pluralismo y flujos migratorios en la Europa de los 25*, Eikasía S.L., Oviedo, 2005, 103-150, p. 105. While Portugal argues that more than lack of interest, States do not participate in the debates of the Sixth Committee due to the lack of human resources by most of the delegations; therefore, Portugal argues that in order to promote participation in the process of codification and progressive development, the development of national legal services must be prioritized through trained human resources. UNGA, "Agenda item 78: report of the International Law Commission on the work of its 66th session", A/C.6/69/SR.19, November 17, 2014, paras. 151 and 152.

⁹⁶ Adopted by the General Assembly in its resolution 45/158, of December 18, 1990.

⁹⁷ See the States that have signed and ratified this Convention at: https://web.archive.org/web/20131103202901/http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?mtdsg_no=I_V-13&chapter=4&lang=en

⁹⁸ UNGA, Resolution adopted on December 7, 2017, "Expulsion of aliens," A/RES/72/117, December 18, 2017.

⁹⁹ JIMÉNEZ PIERNAS, C. (Dir.), *Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica de España y de la Unión Europea*. Tecnos, Madrid, 2011, p. 79.

ILC on the expulsion of aliens, even if it does not become an international treaty, can implement its legal effectiveness through the application of its provisions as an expression of customary IL by legal operators, for example, the ECHR and the CJEU, as will be verified throughout this work.

In this sense, the present research work will focus on the analysis of the jurisprudence of the ECHR and the CJEU on the main issues that affect the expulsion of aliens in the contemporary IL. Taking as reference or starting point the proposals included in the Draft of articles of the ILC. As already noted, the jurisprudence in this area is based on two policy areas, the IL of Refugees and Human Rights.

Given the extent of the legal problems that affect the expulsion of aliens, there are certain aspects on which the ECHR and the CJEU have not ruled, such as: the deprivation of nationality for the purpose of expulsion, the prohibition of the disguised expulsion or the prohibition of expulsion in order to confiscate property, among others. These and other topics included in the Draft of articles of the ILC are not the purpose of this work. Without prejudice to the undoubted interest of all the subjects analysed by the Commission in its Draft articles, this study is limited to the analysis of those aspects related to the expulsion of foreigners in the contemporary IL which the European courts have most dealt with.

The ECHR, within the scope of the EOC, and the CJEU, within the EU, exercise their jurisdiction over forty-seven and twenty-eight States, respectively, both with compulsory jurisdiction. Given the great migratory pressure suffered by some of the States that make up the EOC and the EU, the hermeneutic work of the ECHR and the CJEU has given rise to a very important number of judgments regarding the expulsion of aliens, especially large in the case of those dictated by the ECHR. The development of the institutional structure in the European regional area has allowed the establishment of judicial control mechanisms: the ECHR and the CJEU. The work of these two courts has allowed the creation of a jurisprudential corpus in the area of the expulsion of aliens, which to a large extent deepens the erosion of state sovereignty. The analysis of all this jurisprudence will make it possible to specify to what extent the limits of the expulsion of aliens in the contemporary IL are reached, although at the European regional level in which these two jurisdictional bodies perform their functions and in the framework of their respective competences.

In fact, both the Strasbourg court and the Luxembourg court carry out their work within the scope of their competences. In the case of the ECHR, its competence focuses

on safeguarding and interpreting the rights set out in the ECHR. Therefore, it is a human rights tribunal and not a court dedicated to other regulations that bind States, such as the application of the Convention Relating to the Status of Refugees. Hence, the ECHR has no competence in these matters, which explains its lack of jurisprudence in this regulatory area. However, the ECHR does not apply "*in a vacuum*", so that the ECHR, in its work of implementing the ECHR, has to take into account the international regulations that relate to PS, in particular the 1951 Convention on the Statute of Refugees. Also, the expulsion of an applicant for international protection can lead to a violation, for example, of art. 3 of the ECHR¹⁰⁰. In these cases, since the ECHR guarantees the rights and freedoms of any person under its jurisdiction, many of the rights contained in the ECHR are applicable to aliens, which also includes asylum seekers who are involved in an expulsion procedure¹⁰¹.

The fact that the individual can bring an application directly before the ECHR means that this Court is affected by a perennial crisis as a result of the heavy workload that it carries out¹⁰². Even so, as it will be seen in the following Chapters, the ECHR is making an important effort when applying human rights to aliens affected by an expulsion procedure. It has elaborated, as it will be shown throughout the following Chapters, an extensive and complex jurisprudential corpus on this subject, which becomes evident if the index of jurisprudence in the present work is consulted. This jurisprudence is applied in the forty-seven PS of the CoE.

¹⁰⁰ STEDH of October 30, 1991, *Vilvarajah and others and others v. United Kingdom*, applications nos. 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87, para. 102 and cited case-law.

¹⁰¹ Some opinion from the doctrine points out that the ECHR seems to have also become the jurisdiction of asylum within the scope of the EU; CLARO QUINTÁNS, I., "Los Tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo como actores en la protección de los refugiados", in SALINAS DE FRÍAS A.M. and MARTÍNEZ PÉREZ, E.J. (Dirs.), *La Unión Europea y la protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, 20118, 457-466, p. 458

¹⁰² In this sense, FERRER LLORET, J., "La inmunidad de jurisdicción del Estado ante el TEDH: la alargada sombra del Derecho internacional consuetudinario", *REEL*, n. 34, 2017, 1-56, p. 46. The ECHR ended 2017 with 56,250 pending cases; Annual Report European Court of Human Rights 2017, p. 50. Available at: https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2017_ENG.pdf. In this same year the ECHR issued a total of 1,068 sentences, 8% more than in 2016. The PSs against more sentences were issued were Russia (305), Turkey (116), Ukraine (87) and Romania (69); Annual Report European Court of Human Rights 2017, p. 173. The overload of work together with the lack of personal and financial means causes that, in general, the Court is taking more than half a decade to issue a judgment since the application is filed in Strasbourg; FERRER LLORET, J., "Execution of the judgments of the ECtHR concerning the Russian Federation and Turkey: have the reforms of Protocol 14 failed? *RDCE*", n. 61, 2018, 853-898, p. 857. The work overload of the ECHR has also affected the procedure for monitoring the execution of judgments of the ECHR; SALINAS ALCEGA, S., "El nuevo procedimiento de control de la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tras el *proceso de Interlaken*: la evolución técnica de un mecanismo político", *RGDE*, n. 36, 2015, 1-42, p. 2.

It should be noted in this regard, that the judgments of the ECHR not only serve to resolve the cases that are brought before it, but, in general, they help to clarify, safeguard and develop the rights laid down in the ECHR. In this way, the ECtHR jurisprudence contributes to the fulfilment of the obligations emanating from the ECHR on the part of the PSs¹⁰³. As stated by the ECHR, the purpose of the guarantee mechanism established by the ECHR, in addition to providing assistance to the individual:

“is also to determine issues on public-policy grounds in the common interest, thereby raising the general standards of protection of human rights and extending human rights jurisprudence throughout the community of the Convention States”¹⁰⁴.

On the basis of the principle of *res interpretata* derived from the arts. 1, 19 and 32 of the ECHR¹⁰⁵, all PSs have the obligation to take into account the judgments of the Court. Therefore, regardless of whether the decision is directed against a particular State, the ECtHR jurisprudence creates an *erga omnes* effect for all Contracting States¹⁰⁶. This can produce a harmonizing effect of the ECHR in the judicial, legislative and administrative bodies of the MS in matters of expulsion of aliens.

For its part, in the most limited area of the EU, the competence of the CJEU is established by art. 19 of the TEU and arts. 251 to 281 TFEU¹⁰⁷, in particular, by arts. 251 to 281. In accordance with art. 19 of the TEU, this judicial body "will guarantee the respect of the Law in the interpretation and application of the Treaties". This judicial body interprets the content and scope of the provisions of the EUL as a general rule and leaves its specific application in the hands of the domestic courts. In this sense, the aforementioned art. 19 of the TEU provides that "Member States shall establish the necessary remedies to ensure effective judicial protection in the areas covered by Union

¹⁰³ STEDH of January 18, 1978, *Ireland v. United Kingdom*, application n. 5310/71, para. 154

¹⁰⁴ STEDH of March 22, 2012, *Konstantin Markin v. Russia*, application n. 30078/06, para. 89 and case-law cited.

¹⁰⁵ The art. 1 of the Convention states that, "The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention. "; the art. 19 speaks of the institution of the Tribunal, arguing that, "To ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties in the present Convention, there shall be set up: A European Court of Human Rights, hereinafter referred to as 'the Court' ". It will work permanently; and art. 32 referred to the jurisdiction of the Court: "1. The jurisdiction of the Court extends to all matters relating to the interpretation and application of the Convention and its Protocols that are submitted to it under the conditions set forth in articles 33, 34, 46 and 47; 2. In case of challenge of the jurisdiction of the Court, it will decide on it ".

¹⁰⁶ MJÖLL ARNARDÓTTIR, O., "Res Interpretata, erga omnes effect and the role of the margin of appreciation in giving domestic effect to the judgments of the european court of Human Rights", *European Journal of International Law*, vol. 28 n. 3, 2017, 819-843, p. 843.

¹⁰⁷ Treaty on the Functioning of the European Union (*OJEU C 202/1*, of June 7, 2016).

law¹⁰⁸. The jurisprudence developed by the CJEU in the matter of the expulsion of aliens has been developed fundamentally by way of preliminary ruling, according to art. 267 TFEU¹⁰⁹. It is a mechanism of cooperation between the domestic courts of the States and the CJEU in the interpretation and application of the EUL. The preliminary ruling question is a kind of dialogue between judges, whose importance lies in the fact that the judgments handed down by the CJEU in the context of a preliminary ruling bind both the body that sets it up and the rest of the public authorities of the MS¹¹⁰.

The CJEU, unlike the ECHR, is not a human rights court, but its jurisprudence covers many other issues whose main focus is not always the protection of the individual. As indicated, the CJEU "only protects fundamental rights if they are violated in the process of interpretation and application of the EUL"¹¹¹. In any case, to the extent that the CFR contains rights that correspond to rights guaranteed by the ECHR, the meaning and scope of the rights of the Charter must be the same as that established in the ECHR; without prejudice to the fact that the EUL may offer a more extensive protection¹¹². On this base, the CJEU has also developed a relevant jurisprudence regarding the expulsion of aliens, as it will be shown in this work.

¹⁰⁸ According to the section 3 of art. 19 of the TEU: "The Court of Justice of the European Union shall, in accordance with the Treaties: a) rule on actions brought by a Member State, an institution or a natural or legal person; b) give preliminary rulings, at the request of courts or tribunals of the Member States, on the interpretation of Union law or the validity of acts adopted by the institutions; c) rule in other cases provided for in the Treaties"; Treaty on European Union (*OJEU* C 202/1, of March 30, 2010).

¹⁰⁹ The art. 267 of the TFEU provides: "The Court of Justice of the European Union shall have jurisdiction to give preliminary rulings concerning: (a) the interpretation of the Treaties; (b) the validity and interpretation of acts of the institutions, bodies, offices or agencies of the Union; Where such a question is raised before any court or tribunal of a Member State, that court or tribunal may, if it considers that a decision on the question is necessary to enable it to give judgment, request the Court to give a ruling thereon. Where any such question is raised in a case pending before a court or tribunal of a Member State against whose decisions there is no judicial remedy under national law, that court or tribunal shall bring the matter before the Court. If such a question is raised in a case pending before a court or tribunal of a Member State with regard to a person in custody, the Court of Justice of the European Union shall act with the minimum of delay".

¹¹⁰ SOCA TORRES, I., *La cuestión prejudicial europea. Planteamiento y competencia del Tribunal de Justicia*, Bosch Editor, Barcelona, 2016, p. 425. As a fact that demonstrates the importance of the preliminary ruling carried out by the Court of Justice within the EU, in 2017, of the 699 cases resolved by the Court, 447 deal with preliminary rulings. The average duration of the procedures is 16.4 months; CJEU, "Annual Report. Overview of the year ", 2017, p. 37. Available at: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-09/20180421_qdaq18001en_pdf.pdf

¹¹¹ BOU FRANCH, V., "La Unión Europea y los derechos fundamentales: desafíos actuales", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n. 24, 2014, 15-50, p. 32.

¹¹² According to art. 52.3 of the CDFUE: "In so far as this Charter contains rights which correspond to rights guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the said Convention. This provision shall not prevent Union law providing more extensive protection". Charter of Fundamental Rights Of The European Union (2000/C 364/01) (*OJEU* C 364/1, of december 18, 2000).

At the time of interpreting the EUL, as provided in art. 6.3 of the TEU, the fundamental rights guaranteed by the ECHR form part of the EUL as general principles. In this regard, the CJEU maintains that “Fundamental rights are part of the general principles of law whose respect the Court guarantees”. Therefore, the jurisprudence of the CJEU is inspired by international instruments for the protection of human rights, the ECHR having a “particular meaning” in this regard¹¹³. Moreover, art. 78 of the TFEU establishes that the asylum policy that the EU intends to develop must comply with the Geneva Convention and the 1967 Protocol on the status of refugees. The CJEU not only applies the ECHR when it comes to interpreting the EUL, but also takes into account the Geneva Convention, which explains why the Luxembourg court has more frequently dealt with the limits imposed by the Convention Relating to the Status of Refugees to the expulsion of aliens (Chapter I).

As it will be seen in the following chapters, the case law of the European courts in the matter of expulsion is a very broad topic, with a very extensive, complex jurisprudence that presents very cross-cutting issues. It has been considered that the effort and risk involved in studying all this jurisprudence are worthwhile. The study of the jurisprudence of the ECHR and the CJEU on the expulsion of aliens will allow to determine if the proposals of the ILC are confirmed or not in the current IL at the European regional level, as interpreted by these two courts. Likewise, it will allow to conclude if the case law of these two international courts of European level is more protectionist with the rights of aliens, in comparison with the proposals of the ILC. In line with this reflection, it will be possible to assess whether the European courts have interpreted and applied a particular IL on matters of expulsion.

In addition, this research work will assess the synergies that develop between the ECtHR and the CJEU when applying the international regulations governing the expulsion of aliens. From this perspective, it is going to be demonstrated that, to date, there has been no risk of fragmentation between the case law of these two judicial bodies regarding the expulsion of aliens. For the moment, the accession of the EU to the ECHR should not pose any problem from the point of view of the judicial action of these two courts in relation to the expulsion of aliens.

Along the same lines, it is clear that for Spain the jurisprudence of these two European courts is of great importance due, as has been pointed out, to the migratory

¹¹³ JCJEC of June 27, 2006, European Parliament V. Council of the European Union, Case C-540/03, sec. 35 and case-law cited.

pressure that the European States of the northern Mediterranean basin have been enduring. In particular, in 2017 the number of immigrants who arrived in Spain from North Africa reached almost 22,900 people, more than twice as high as that for 2016¹¹⁴. Therefore, the analysis of all this jurisprudence of the ECHR and the CJEU on expulsion of aliens, may be of interest to all legal operators in Spain working in the field of immigration, such as international organizations, NGOs, public administrations, judges prosecutors and lawyers. As of today, it is not known that the international law Spanish doctrine has comprehensively carried out a micro-legal analysis of the case law of these two courts in this area. This is without prejudice to the sectoral studies that have been carried out, which will be mentioned throughout this work and included in the bibliography¹¹⁵.

Given that the subject of study of the present research focuses on the case law of the European courts regarding the expulsion of aliens¹¹⁶, it is appropriate to make two clarifications. First of all, this work is not concerned with studying the expulsion of EU citizens. Although EU citizenship applies to the case law of the ECtHR and the CJEU, it is an area that belongs to a different regulatory field that is part of European citizenship and not that of the expulsion of aliens. Without prejudice to this subject being addressed in a subsequent study in the near future. Likewise, the expulsion of nationals, prohibited by the IL, is not addressed, which explains why jurisprudence on this subject has not been issued.

Secondly, a terminological clarification. According to the ILC Draft, art. 2, letter a), expulsion means:

“a formal act or conduct attributable to a State by which an alien is compelled to leave the territory of that State; it does not include extradition to another State, surrender to an international criminal court or tribunal, or the non-admission of an alien to a State”¹¹⁷.

¹¹⁴ Frontex, "Migratory flows in 2017 - Pressure eased on Italy and Greece; Spain saw record numbers ", January 5, 2018. Available at: <http://frontex.europa.eu/news/migratory-flows-in-2017-pressure-eased-on-italy-and-greece-spain-saw-record-numbers-8FC2d4>

¹¹⁵ Although it is worth mentioning the recent monograph published by BOLLO AROCENA, M.D., *Expulsión de extranjeros, Derecho Internacional y Derecho*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, which offers an overall assessment of the expulsion of aliens in the IL.

¹¹⁶ The present work focuses on the jurisprudence of the ECHR and the CJEU regarding the expulsion of aliens. Given its extension, Spanish domestic jurisprudence is not analysed, except for references to important and pertinent judgments in line with the analysis of the case law of European courts.

¹¹⁷ In relation to the concept of "expulsion" the ILC makes various comments. First, when defining the term "expulsion", the ILC considered it appropriate to include both a legal act by which a State compels a person to leave its territory, as well as behaviour attributable to the State that produces the same result. Secondly, the Commission notes that "the condition according to which the legal act or behaviour constituting the

The technical-coding body has considered it convenient to specify that this concept does not include the extradition of an alien to another State¹¹⁸. However, as it will be shown in the following Chapters, the ECtHR applies the concept of expulsion to any transfer of an alien from the jurisdiction of a PS to a third State. This includes "extradition", since it is understood as one of the reasons that may give rise to this transfer. In this sense, as will be demonstrated in the following Chapters (Chapter III and Chapter IV), European courts apply an all-encompassing concept of expulsion that is also applicable, among others, to extradition cases.

2. METHODOLOGY AND DOCUMENTARY SOURCES

As it has already been said, the main purpose of this paper is to offer an integrated presentation of the case law of the ECHR and the CJEU regarding the expulsion of aliens. As it will be shown, this work is based on the analysis of hundreds of sentences of these two courts. The analysis of the jurisprudence of the ECHR and the CJEU ended as of July 31, 2018, so the present research does not address the possible pronouncements issued by these two courts after that date.

For the study of the decisions of the ECHR and the CJEU, the empirical-inductive and logical-deductive method is used as an analysis tool. First, in general, the empirical-inductive methodological technique is based on the free observation of international reality regardless of any previous doctrinal or ideological conception. The empirical and inductive method favours the identification or determination of standards by observing their validity, application and effective interpretation within the framework of the International Society¹¹⁹. As regards in particular to this work, the application of this first method will be referred to the jurisprudence of the ECHR and the CJEU, through a micro-legal analysis of hundreds of judgments issued by these two jurisdictional bodies.

Secondly, along with the inductive method, the logical-deductive method has also been applied, a key epistemological element for the analysis of the international legal order and the explanation of its characteristics. Thanks to this method, all the case law of

expulsion must be attributable to the State must be understood in the light of the attribution criteria provided for in Chapter II, Part One, of the articles on the responsibility of States for internationally wrongful acts". Third, behaviour attributable to a State that can lead to expulsion can take the form of both action and omission. In these cases, the ILC indicates that the intention of the State to provoke, through its behaviour, the departure of the alien from its territory must be established; Draft articles of the ILC, Doc.A/69/10, comments 2), 3) and 4) to the draft art. 2, pp. 23 and 24.

¹¹⁸ Draft Arts of the ILC, Doc. A/69/10, commentary 5) to draft art. 2 P. 24

¹¹⁹ JIMÉNEZ PIERNAS, C., *El método del Derecho Internacional Público: una aproximación sistémica y transdisciplinar*, Madrid, 1996, p. 39

these two courts regarding the expulsion of aliens can be systematized. Following the micro-legal analysis of hundreds of judgements, the main lines of case law that the ECHR and the CJEU have developed on the expulsion of aliens will be systematized and rationalized.

The two previous methodological approaches must be understood without prejudice to the fact that, thirdly, in the context of this work, an axiological or evaluative component of the jurisprudence studied is applied, including *lege ferenda* proposals. Although, when making proposals, they must be realistic and viable.

With regard to the knowledge resources used, the jurisprudence of the ECHR and the CJEU occupies a pre-eminent place as it forms the backbone of this work occupies a preeminent place since it provides the backbone of this work. Although it is intended to carry out a systematized and thorough study of all the jurisprudence of the above courts regarding expulsion, in certain parts of the work, such as Chapter IV, the detailed analysis of the most relevant cases for the subject matter of the study has been focused on, the so-called *leading cases*.

In this regard, it must be taken into account that according to the provisions of art. 76.1 of its Rules of Court¹²⁰, the ECHR will give all its judgments in French or English, unless it agrees to give a judgement in both official languages. For this reason, when throughout the present work a literal quotation of a judgement of the ECHR is provided, it is done in one of these two languages. However, the Department of Constitutional and Human Rights of the Spanish State Legal Service translates those rulings in which either Spain is a defendant, or the matter becomes of interest to the State¹²¹. In spite of not being official translations of the ECHR, in those rulings in which there is a translation into Spanish done by the State Legal Service, it has been used to literally transcribe certain parts of the subject matter of study in this language.

The problem of the translation of judgements does not arise with the rulings of the CJEU. Although it should be added that, in addition to the judgments, the reasoned submissions of the AG have been taken into account¹²². Although these submissions are

¹²⁰ ECHR, "Rules of Court of the ECHR", Strasbourg, 1 August 2018. Available at: https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf

¹²¹ The ECHR judgements translated by the State Legal Service into Spanish can be consulted in the "international area" located within the website of the Ministry of Justice of the Government of Spain, available at: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/en/areas-themes/international-area/tribunal-europea-derechos>

¹²² In accordance with the provisions of the second par. of art. 252 TFEU: "It shall be the duty of the Advocate-General, acting with complete impartiality and independence, to make, in open court, reasoned

not legally binding, they contribute to enrich the legal debate and, more particularly, are frequently cited by the CJEU itself in its judgments. As is well known, given the overload of work of the CJEU, its rulings are usually very brief and sometimes even succinct. On this basis, the analysis of the submissions allows a more complete assessment of the legal issues on which the case has revolved. In addition, in a high percentage of cases the CJEU adopts the same legal position as that maintained in the AG submissions.

Following the analysis of the jurisprudence of the ECHR and the CJEU, some specific references will also be made to the decisions of other human rights supervisory bodies, among others, the HRC¹²³ and CAT¹²⁴, as well as other regional subsystems for the protection of human rights, as the IACHR. Documentary sources related to this area of IL standards are also cited, such as organ resolutions, international organizations, NGO reports, etc., but always in the context of the analysis of jurisprudence. On the other hand, references are also included to the doctrine whose relevance should not be disregarded, both as a factor of "revelation" of the IL, and as "anticipation" of the evolution of the Law¹²⁵.

3. THESIS OVERVIEW

The response of the ECHR and the CJEU to the tension that arises in the contemporary IL between the sovereign interests of the State and the respect and protection of the rights of aliens subject to expulsion, has been structured in seven Chapters. The first Chapter deals with one of the two policy areas that have eroded the principle of state sovereignty in terms of the expulsion of aliens: the IL of the Refugees. The following six Chapters examine the second policy area: the IHRL.

Chapter I addresses a limit to the sovereignty of the State in matters of expulsion, such as the IL of Refugees. The Geneva Convention and its Protocol constitute the

submissions on cases which, in accordance with the Statute of the Court of Justice of the European Union, require his involvement”

¹²³ The HRC may examine communications from individuals who report violations of the rights established in the ICCPR, presumably committed by an PS of the First Optional Protocol to the ICCPR. Currently, 116 States have ratified this Protocol. See: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-5&chapter=4&clang=en

¹²⁴ The CAT can analyse complaints from individuals about violations of the rights contained in the CCT, allegedly committed by PS that have made the necessary statement in accordance with art. 22 of this Convention. Currently 77 States have made this statement. See: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&clang=en

¹²⁵ RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C., “Funciones de la doctrina en el Derecho Internacional”, en VV.AA., *Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Estudios en honor del profesor D. Antonio Truyol Serra*, vol. II, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad Complutense de Madrid, 1986, 1059-1072, p. 1071.

cornerstone of the international legal regime for the protection of refugees, legal instruments of which all EU MS are parties. Within the EUL it is intended to ensure that MS apply common criteria to identify people who really need international protection. For this, the CJEU interprets the European regulations that apply the 1951 Convention, as well as developing another form of protection at European level: the subsidiary protection status. Chapter I examines the jurisprudence of the CJEU, which interprets the criteria that determine the granting of international protection - both refugee status and subsidiary protection status - as a limit to the sovereignty of States regarding the expulsion of aliens. Given that the ECHR does not include the right to refuge, the limited jurisprudence of the ECHR has focused on specific aspects, such as the protection of the individual for reasons of religious nature, as it will also be shown in this Chapter I.

Chapter II is dedicated to the analysis of the effective application and existence of the right to life as a limit to the expulsion of aliens. Since it is a right that is recognized in the ECHR, the ECHR case law monopolizes this Chapter. In particular, it is analysed how the abolition of the death penalty within the CoE has meant a limit to the expulsion of aliens to the States of destination in which the alien can be subjected to both capital punishment and denial of a fair trial whose sentence is the death penalty.

Chapter III studies the effective application of the right not to suffer torture, inhuman or degrading treatment or punishment as a limit to the expulsion of aliens. The monitoring of the respect of this right has been the one that has most taken the work of the ECHR in the matter of expulsion of aliens. Although, the jurisprudence of the CJEU, to a lesser extent, has also been devoted to the interpretation of this right in the European regulatory framework which regulates expulsion. The absolute nature of the prohibition of torture, inhuman or degrading treatment or punishment, together with the extraterritorial application carried out by European courts, makes this prohibition reach multiple implications, which will be analysed in Chapter III. In particular, cases of expulsion to a third State when the risk of torture, inhuman or degrading treatment or punishment is caused by state agents, non-state agents, as well as health considerations, are studied. The importance that the ECHR gives to the protection of the individual against torture, inhuman or degrading treatment or punishment in the area of expulsion is materialized in the application of precautionary measures. The tension between State sovereignty in terms of expulsion and Human Rights is also tangible in the case law that examines the "safe" alternatives to the expulsion of an alien to the State of destination in which he runs the risk of being subjected to torture or inhuman or degrading treatment available to the

PS. In particular, in this context, it is studied the recourse to diplomatic assurances, the relocation of the alien in the State of destination or his expulsion to a third State called "safe".

Chapter IV analyses the jurisprudence about the prohibition of collective expulsions as a limit to the expulsion of aliens. It is a prohibition contained in art. 4 of Protocol n. 4 to the ECHR, for which the ECHR is responsible for safeguarding and interpreting its content. The extraterritorial application that this court makes of the prohibition of collective expulsions leads the ECHR to apply art. 4 of Protocol n. 4 to the ECHR both in the maritime environment and in the borders of the PSs. In particular, their *leading cases* in this matter are analysed: the case of *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, as well as *N.D. and N.T. v. Spain*.

Chapter V studies the respect to the private and family life of the alien as a limit to the expulsion. Of these two rights, the right to family life has been the one that has motivated more jurisprudence on the part of the ECHR. It is a right that is not absolute, so that art. 8 of the ECHR admits its interference as long as it is foreseen by law, the objective of the interference is legitimate, as well as necessary in a democratic society. In order to specify when the right to family life is a limitation on the expulsion of aliens, the ECHR has established a series of criteria that will be analysed in Chapter V.

Unlike the ECHR and the case law developed by the ECHR, the EUL does not regulate a right to private and family life in the case of families composed exclusively of aliens in an irregular situation. However, on the one hand, the right to family reunification and, on the other hand, the exercise of certain rights linked to the status of citizenship protect, respectively, the family life of aliens who are members of the family of an alien legally resident in a MS, as well as the alien relatives of a European citizen. The refusal of entry, residence, as well as the expulsion of an alien member of the family with the right to reunification of a citizen of the Union may violate the EUL, as established by the CJEU, and discussed in this Chapter.

Chapter VI deals with the right to freedom and security of the alien subject to expulsion. Specifically, it addresses the tension between this right and the exercise of sovereignty by the State when it comes to ensuring the execution of the expulsion decision by carrying out the arrest of aliens. As in the case of the right to private and family life, in order to violate the right to freedom and the security of the individual through detention, it is necessary to verify that the adoption of this measure is not arbitrary. In this regard, this Chapter examines how the jurisprudence of the ECHR and the CJEU address,

among other issues, the prohibition of arbitrariness as a basis for the detention of aliens; procedural guarantees during detention; the conditions of detention; the calculation of the time of detention for the purpose of ending the measure of deprivation of liberty; as well as the detention regime of especially vulnerable groups: foreign minors and applicants for international protection.

Finally, Chapter VII considers the procedural rights or guarantees that must accompany the expulsion procedure. In particular, this Chapter analyses, on the one hand, the reasons why a State may decide to adopt the expulsion decision. The ECHR does not regulate the expulsion of aliens as a procedure. Therefore, the task of the ECHR in this area is to analyse the possible violations of human rights that may occur during an expulsion procedure in accordance with the provisions of the previous Chapters.

For its part, the EUL does establish common rules and procedures for application in SM for the return of aliens in an irregular administrative situation, implemented in Directive 2008/115 / EC, also known as the Return Directive¹²⁶. The CJEU, in order to safeguard the useful effect of the aforementioned European standard, establishes limits on the sovereignty of the MS when adopting the expulsion decision. Specifically, this Chapter analyses the safeguards established by the CJEU in cases in which the alien subject to expulsion requests international protection. As well as the limits imposed by this Court on the competence of the MS when sanctioning the irregular stay, especially in criminal matters. Likewise, the criteria used by the court to determine that the alien is expelled only in compliance with a resolution adopted in accordance with the law are studied.

Chapter VII also deals with the content and scope that both the ECHR, within the framework of the ECHR, and the CJEU, within the framework of the Return Directive, grant to the rights that must operate throughout the expulsion procedure; these are: the aliens's right to be heard; the right of the latter to be represented before the competent authority; as well as his right to be assisted by an interpreter.

This work ends with the corresponding Conclusions developed throughout the seven Chapters, with which the main lines of argument are specified and a general and overall

¹²⁶ Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common rules and procedures in the Member States for the return of illegally staying third-country nationals (*OJEU* L 348/98 of December 24, 2008). This regulation is a development of the Schengen acquis with regard to third-country nationals who do not meet or have failed to comply with the entry conditions provided for in the Schengen Borders Code. The return procedures for third-country nationals in an irregular situation covered by Directive 2008/115/EC, constitute common rules and procedures for SM for the return of this group. The purpose of this European regulation is to help establish "an effective policy of expulsion and repatriation, based on common standards, so that people are returned humanly and fully respecting their human rights and dignity," as set out in the second recital of the Directive.

assessment of all the analysis of the jurisprudence that has been carried out is presented. In addition, a bibliography index is included, as well as legal, documentary sources and, of course, the annexes of jurisprudence.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Capítulo I

LÍMITES A LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS

1. INTRODUCCIÓN

El art. 6 del Proyecto de la CDI, titulado “normas relativas a la expulsión de refugiados”, establece que dicho Proyecto de artículos debe entenderse “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”. Por tanto, la CDI se remite al DI de los Refugiados, en concreto, a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951¹²⁷ y su Protocolo de 1967. Según el órgano codificador el término “refugiado”, amén de interpretarse de conformidad con la Convención 1951, debe entenderse de acuerdo con la práctica de ACNUR¹²⁸. Además, en el art. 6 letra a) y b), se recoge el principio de *non refoulement* y las excepciones al mismo, según lo establecido en la Convención de Ginebra (epígrafe 3.5.).

La Convención de 1951 se basa en el art. 14 de la DUDH, que reconoce el derecho de toda persona a buscar asilo por sufrir persecución en otros países¹²⁹. Aunque la

¹²⁷ En la normativa interna española, la administración de justicia debe interpretar las disposiciones de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (BOE n. 263, de 31 de octubre de 2009) conforme a la Convención de Ginebra y el DUE. Por tanto, cuando un extranjero tiene temor fundado de sufrir persecución por los motivos recogidos en la Convención de Ginebra, le debe ser reconocido el estatuto de refugiado por los tribunales internos españoles; STS 5211/2015 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), recurso n. 1699/2015, de 10 de diciembre de 2015, F.J. 5º.

¹²⁸ Proyecto de la CDI, Doc. A/69/10, comentario 2) a la propuesta de art. 6, p. 31.

¹²⁹ Mientras que la figura del refugio se encuentra regulada por el DI, la figura del asilo viene determinada en la Declaración sobre asilo territorial. Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 2312 (XXII), de 14 de diciembre de 1967. Así como por la legislación de cada Estado; CDI, “Tercer informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/581, 19 de abril de 2007, párr. 59. En este sentido, KAHALE CARRILLO, D.T., “Las diferencias entre la concesión del derecho de asilo y la autorización de permanencia por razones humanitarias”, *RDME*, n. 32, 2013, 303-332, p. 311. El derecho de asilo no comporta ningún elemento que permita considerar que existe un derecho subjetivo al asilo, como sí que sucede con el refugio. En este sentido, DIEZ DE VELASCO sostiene que el derecho de asilo es un derecho derivado de la soberanía territorial del Estado, por lo que no se construye sobre la base de un derecho subjetivo para el particular; DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18ª ed., Tecnos, Madrid, 2013, p. 637. Prueba de ello fue el fracaso de la Conferencia Diplomática que tuvo lugar en Ginebra en 1977 y que reunió a 92 Estados, con el objetivo de crear un Convenio que incluyera un derecho subjetivo al asilo; CORTÁZAR ROTAECHE, C.J., “El respeto a las libertades fundamentales (IV): el derecho de asilo y la protección en caso de devolución, expulsión y extradición («No hay camino, se hace camino al andar»)", en BENEYTO PÉREZ, J.M. (Dir.), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea. Tomo II. Derechos Fundamentales*, Aranzadi, Pamplona, 2009, 609-638, p. 624. Por consiguiente, el asilo se concede, mientras que el refugio se reconoce; CORTÁZAR

Convención de Ginebra de 1951 se adopta para las víctimas de los acontecimientos ocurridos en Europa con anterioridad a 1951, con el Protocolo de 1967 se eliminan las restricciones geográficas y temporales¹³⁰. La Convención de Ginebra y su Protocolo adicional son la piedra angular del régimen jurídico internacional de protección de los refugiados. Todos los EM de la UE han firmado y ratificado la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967¹³¹. Según la Convención de 1951, se entiende por refugiado una persona que:

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

En el marco de la Convención de Ginebra, ACNUR desempeña un específico e importante papel como “vigilante”¹³² de la Convención. La labor de ACNUR suple, al menos en parte, la ausencia de un órgano de control jurisdiccional que supervise la correcta aplicación de la Convención de Ginebra¹³³. El rol de mecanismo de control desarrollado por ACNUR es llevado a cabo a través de notas, declaraciones, manuales, etc., que orientan a los EP acerca de los parámetros que deben seguir para cumplir con lo establecido en la Convención de 1951. La labor desempeñada por ACNUR contribuye,

ROTAECHE, C., “El derecho de asilo en la Constitución de 1978”, en BALADO RUIZ-GALLEGOS, M. y GARCÍA REGUEIRO, J.A. (Coords.), *La Constitución española de 1978 en su XXV aniversario*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2003, 959-968, p. 962.

¹³⁰ El Protocolo adicional a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados se adopta porque se considera que han surgido nuevas situaciones de refugiados desde que la Convención de 1951 fue adoptada. Por lo que es conveniente que las personas que se encuentren comprendidas en el ámbito de la Convención gocen de igual estatuto con independencia de la fecha límite de 1 de enero de 1951 establecida en la Convención de Ginebra.

¹³¹ El último EM en ratificar tanto el Convenio de 1951 como el Protocolo ha sido Letonia, el 31 de julio de 1997. Véase la tabla de firmas y ratificaciones en: https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-2&chapter=5&Temp=mtdsg2&clang=en

¹³² Si bien esta vigilancia “no se ejerce por medio de un procedimiento de control, formalizado por el propio instrumento, al contrario de lo que ocurre con los nueve grandes convenios protectores de derechos humanos adoptados en el marco del sistema universal de Naciones Unidas”; MARÍÑO MENÉNDEZ, F.M., “La Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados”, en BALADO RUIZ-GALLEGOS, M. (Coord.), *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Editorial Bosch, Barcelona, 2008, 711-730, p. 713.

¹³³ MASTROMARTINO, F., *Il diritto di asilo. Teoria e storia di un istituto giuridico controverso*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012, pp. 254 y 255.

además, a facilitar datos estadísticos así como otra información relevante acerca de la aplicación de la Convención de Ginebra¹³⁴.

Se debe insistir en que el DI de los Refugiados se encuentra estrechamente vinculado al DIDH y al DIH. De manera que, debido a su estrecha interconexión, los avances que puedan realizarse en estos dos últimos sectores normativos repercuten en el alcance de la protección internacional de los refugiados¹³⁵. Por tanto, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados debe interpretarse con respeto de los derechos fundamentales, en particular los reconocidos, entre otros instrumentos internacionales, en el CEDH y en la CDFUE¹³⁶.

Como se ha señalado en la Introducción general del presente trabajo, el estatuto de refugiado no está regulado por el CEDH. Por tanto, y como se comprobará en los siguientes epígrafes de este Capítulo, la jurisprudencia del TEDH relativa específicamente a este sector de normas se circunscribe a ámbitos puntuales, como por ejemplo la protección del individuo por cuestiones de índole religiosa (epígrafe 3.2.1.). Empero, la jurisprudencia del TEDH ha sido tenida en cuenta por el TJUE a la hora de desarrollar su propia jurisprudencia en materia de protección internacional y, en concreto, a la hora de conceder el estatuto de refugiado.

En el marco de la UE, como también se ha adelantado en la Introducción, en el art. 78.1 del TFUE se establece expresamente que la política común de asilo debe adaptarse a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967¹³⁷. El

¹³⁴ Así se desprende de los considerandos de la Directiva de reconocimiento. Aunque los documentos de ACNUR no son jurídicamente vinculantes, son importantes en el sentido de que reflejan principios consolidados por el DI. Además de ello, el respeto a las conclusiones de ACNUR se enmarca en la cooperación con este organismo, a la que se comprometen los Estados contratantes en virtud del art. 35.1 de la Convención de Ginebra. En el marco normativo español en materia de extranjería también se resalta el papel de este organismo. Concretamente en la exposición de motivos de la LODYLE se pone de manifiesto el lugar destacado que se concede a la intervención de ACNUR, “a quien se le reconoce el importante papel que desempeña en la tramitación de las solicitudes de asilo en España, reforzando así las garantías del procedimiento”; además de establecerse expresamente su intervención en los arts. 34 y 35 de dicha norma.

¹³⁵ Véanse a este respecto las conclusiones del AG Paolo Mengozzi, presentadas el 1 de junio de 2010, *B. y D.*, asuntos acumulados C-57/09 y C-101/09, punto 44 de las conclusiones.

¹³⁶ STJUE de 2 de marzo de 2010, *Salahadin Abdulla y otros*, asuntos acumulados C-175/08, C-176/08, C-178/08 y C-179/08, apdo. 54.

¹³⁷ En concreto, dicho artículo señala que: “La Unión desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Esta política deberá ajustarse a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, así como a los demás tratados pertinentes”. En el art. 78.2 del TFUE se establece que el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán un SECA que incluya, entre otros, un estatuto uniforme de asilo para nacionales de terceros países válido en toda la UE, y un estatuto uniforme de protección subsidiaria para los nacionales de terceros países que, sin obtener el asilo europeo, necesiten protección internacional. Además de un sistema común para la protección temporal de las

desarrollo de una política común de asilo es un objetivo asignado al espacio de libertad, seguridad y justicia, de conformidad con el art. 67 del TFUE. En este contexto, el DUE fusiona la figura del asilo, perteneciente al DI clásico y la del refugio, contemplada en la Convención de Ginebra, bajo el estatuto de protección internacional.

En aplicación del art. 78.1 del TFUE, se adopta la Directiva 2011/95/UE (también conocida como Directiva de Reconocimiento), con el fin de asegurar que los EM apliquen criterios comunes para la identificación de aquellas personas que necesitan protección internacional, así como de establecer el nivel mínimo de prestaciones a las que tales personas tienen derecho en todos los EM¹³⁸. Esta Directiva permite cierto margen de discrecionalidad a los EM, siempre de conformidad con la naturaleza que atribuye a estos actos de derecho derivado el art. 288 del TFUE¹³⁹. Para alcanzar ese SECA al que se refiere el art. 78.2 del TFUE, la Directiva 2011/95/UE es completada por otras Directivas

personas desplazadas en caso de afluencia masiva. Por su parte, el SECA comienza normativamente tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam en mayo de 1999 y se basa en la aplicación integral y global de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en el respeto de los derechos y principios reconocidos por la CDFUE. La regulación de la figura del asilo ha sufrido una transformación en las últimas décadas, debido a la progresiva profundización a la que se ha visto sometida esta política europea. Desde el Tratado de Lisboa se persigue dotar a la UE de un SECA que, sobre la base un concepto genérico, el de protección internacional, articule un marco normativo europeo que establezca las bases estandarizadas para el reconocimiento y las garantías del estatuto de protección internacional; CARRERA HERNÁNDEZ, F.J. y QUINDIMIL LÓPEZ, J.A. (Coords.), “Jurisprudencia española en materia de Derecho internacional público - Comentarios de sentencias – Revocación del estatuto de refugiado por motivos de seguridad nacional”, *REDI*, vol. 66, n. 2, 2014, 2001-2005, p. 201. El objetivo de este sistema es armonizar el marco jurídico aplicado en los EM mediante normas mínimas comunes, pudiendo los EM introducir o mantener disposiciones más favorables.

¹³⁸ La Directiva 2011/95/UE contribuye a aproximar hasta cierto punto las normas nacionales en la materia, los porcentajes de reconocimiento entre los diversos EM denotan la falta de convergencia en las decisiones de los EM que resuelven estos procedimientos. Con la finalidad de que estas diferencias no fomenten los movimientos secundarios, se logre una mayor armonización de los criterios comunes y una mayor convergencia de las decisiones en materia de asilo, se ha propuesto sustituir dicha Directiva por un Reglamento; Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, COM(2016) 466 final, 2016/0223(COD). Bruselas, 13 de julio de 2016. Esta propuesta, debido a la directa aplicación del Reglamento, y el escaso margen de maniobra y, por consiguiente, de divergencia en la resolución de las decisiones de protección internacional, busca paliar las disparidades en la concesión de protección internacional entre EM, configurándose como una más de las medidas a adoptar en la búsqueda de un SECA más justo, eficaz y mejor gestionado.

¹³⁹ El art. 288 del TFUE dispone que: “Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes. El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. La decisión será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, sólo será obligatoria para éstos. Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes”.

y Reglamentos¹⁴⁰ adoptados con la finalidad de guiar a los EM en la aplicación de la Convención de Ginebra de 1951, “sobre la base de conceptos y criterios comunes”¹⁴¹.

Las disposiciones de la Directiva de Reconocimiento se adoptan para hacer efectivas las obligaciones internacionales de los EM de conformidad con la Convención de Ginebra. Por tanto, la interpretación que los EM realicen de la Directiva de Reconocimiento debe hacerse a la luz de la estructura general y finalidad para la que fue creada, con observancia siempre de la Convención de Ginebra de 1951, los demás tratados pertinentes a los que alude el art. 78. 1 del TFUE y con respeto de los derechos reconocidos en la CDFUE¹⁴². Así pues, aunque la UE no forma parte de la Convención de Ginebra ejecuta, a través del derecho derivado, la Convención de Ginebra de la que sí son parte todos los EM. En el contexto de la aplicación de la Directiva de Reconocimiento, el Tribunal de Luxemburgo ha desarrollado un régimen común de conceptos y criterios de reconocimiento del estatuto de refugiado¹⁴³, como se comprobará en los siguientes epígrafes del presente Capítulo.

La normativa de la UE pone de relieve que la coherencia entre la Directiva de Reconocimiento y la Convención de Ginebra de 1951 es una exigencia primordial en materia de asilo, como así se desprende de la base jurídica de la Directiva de

¹⁴⁰ La Directiva de reconocimiento es completada por el Reglamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del EM responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (Texto refundido) (*DOUE* L 180/31, de 29 de junio de 2013); por la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (*DOUE* L 180/60, de 29 de junio de 2013) y la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido) (*DOUE* L 180/96, de 29 de junio de 2013). Este denominado “paquete de asilo” lo completa el Reglamento (UE) n° 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema “Eurodac” para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n° 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del EM responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia (*DOUE* L 180/1, de 29 de junio de 2013).

¹⁴¹ STJUE de 1 de marzo de 2016, *Alo*, asuntos acumulados C-443/14 y C-444/14, apdo. 28.

¹⁴² STJUE de 19 de diciembre de 2012, *Abed El Karem El Kott y otros*, asunto C-364/11, apdo. 43; STJUE de 5 de septiembre de 2012, *Y y Z*, asuntos acumulados C-71/11 y C-99/11, apdo. 48; STJUE de 2 de marzo de 2010, *Salahadin Abdulla y otros*, asuntos acumulados C-175/08, C-176/08, C-178/08 y C-179/08, apdos. 53 y 54; STJUE de 17 de junio de 2010, *Bolbol*, asunto C-31/09, apdo. 3.

¹⁴³ STJUE de 8 de mayo de 2014, *H.N.*, asunto C-604/12, apdo. 27; STJUE de 7 de noviembre de 2013, *X. y otros*, asuntos acumulados C-199/12 a C-201/12, apdo. 39; STJUE de 5 de septiembre de 2012, *Y y Z*, asuntos acumulados C-71/11 y C-99/11, apdo. 47; STJUE de 2 de marzo de 2010, *Salahadin Abdulla y otros*, asuntos acumulados C-175/08, C-176/08, C-178/08 y C-179/08, apdo. 52; STJUE de 9 de noviembre de 2010, *B. y D.*, asuntos acumulados C-57/09 y C-101/09, apdo. 76; STJUE de 17 de junio de 2010, *Bolbol*, asunto C-31/09, apdo. 37. A este respecto véanse los considerandos 4, 23 y 24 de la Directiva 2011/95/UE.

Reconocimiento y de su exposición de motivos¹⁴⁴. Además, buena parte de las disposiciones de la Directiva de Reconocimiento reproducen de forma casi literal el contenido de las normas establecidas en la Convención de Ginebra¹⁴⁵. Si bien, la citada norma europea introduce un plus de concreción, al pormenorizar los elementos que configuran algunos términos incluidos en la definición de refugiado tales como “persecución” (epígrafe 3.1.2.) o “determinado grupo social”(epígrafe 3.2.2.)¹⁴⁶.

La Directiva de Reconocimiento, además de regular la concesión y los derechos inherentes al estatuto de refugiado, también contempla otra forma de protección internacional no recogida en el DI general: la protección subsidiaria. De manera que esta norma crea un estatuto uniforme para los refugiados y para las personas con derecho a protección subsidiaria bajo una misma figura: la protección internacional¹⁴⁷. Como se comprobará en el presente Capítulo, la concesión de cualquiera de ambos estatutos – refugio y protección subsidiaria– representa un límite a la expulsión de extranjeros. De

¹⁴⁴ Véase a este respecto Consejo de la UE, Posición Común de 4 de marzo de 1996 definida por el Consejo, de conformidad con el artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativa a la aplicación armonizada de la definición del término «refugiado» conforme al artículo 1 de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (96/1 96/JAI). Bruselas, 4 de marzo de 1996 (*DOCE* N L 63/2, de 13 de marzo 1996). Con la finalidad de conseguir esa coherencia interpretativa, los EM ya no solo deben interpretar la Directiva de reconocimiento a partir de la Convención de Ginebra de 1951, sino también de interpretaciones realizadas de la Convención que, aunque no tienen efecto directo y obligatorio para los Estados contratantes, sí que funcionan como elemento persuasivo y de interpretación. Estas interpretaciones son las siguientes: las consultas con el ACNUR; las Conclusiones sobre la protección internacionales de los refugiados adoptadas por el Comité Ejecutivo de ACNUR, donde se establecen los niveles de protección de la Convención de Ginebra de 1951; el Manual de Procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado; y como complemento al Manual, las Directrices sobre la protección internacional del Departamento de protección internacional del ACNUR. Esta consulta se encuentra recogida en el considerando 22 de la vigente Directiva 2011/95/UE, donde se establece que las consultas con el ACNUR “pueden proporcionar a los Estados miembro una valiosa orientación para determinar el estatuto de refugiado con arreglo al artículo 1 de la Convención de Ginebra”. A este respecto, algún autor apunta que el uso de estos instrumentos no facilita ni la interpretación ni la aplicación uniforme de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, debido a las contradicciones existentes, en ocasiones, entre estos documentos; HATHAWAY, J.C., *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, 2015, pp. 115 y 116.

¹⁴⁵ Conclusiones del AG Paolo Mengozzi, presentadas el 1 de junio de 2010, *B. y D.*, asuntos acumulados C-57/09 y C-101/09, punto 42.

¹⁴⁶ McADAM, J., “The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime”, *IJRL*, vol. 17, n. 3, 2005, 461-516, p. 468.

¹⁴⁷ Además, la UE prevé otro régimen especial de protección: la protección temporal. Se encuentra regulado en la Directiva 2001/55/CE del Consejo de 20 de julio de 2001 relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida (*DOCE* L 212/12, de 7 de agosto de 2001). De conformidad con el art. 2, letra a), la protección temporal es “un procedimiento de carácter excepcional por el que, en caso de afluencia masiva o inminencia de afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de terceros países que no puedan volver a entrar en su país de origen, se garantiza a las mismas protección inmediata y de carácter temporal, en especial si el sistema de asilo también corre el riesgo de no poder gestionar este flujo de personas sin efectos contrarios a su buen funcionamiento, al interés de las personas afectadas y al de las otras personas que soliciten protección”.

ahí que en el Capítulo dos de la Directiva 2011/95/UE se establezca una serie de requisitos comunes para la concesión de ambos tipos de protección internacional, como se estudiará en el epígrafe 2. No obstante, se trata de dos estatutos diferentes, por ello en el Capítulo tres de la Directiva de Reconocimiento se establecen los requisitos necesarios para la obtención del estatuto de refugiado (epígrafe 3) y en el Capítulo cinco los requisitos necesarios para la obtención del estatuto de protección subsidiaria (epígrafe 4).

La jurisprudencia del TJUE se ha ocupado de las tres vertientes básicas que presenta la protección internacional –determinación del Estado responsable de analizar la solicitud, los procedimientos de concesión o retirada de la protección, así como de las condiciones mínimas de acogida-. Si bien, únicamente se aborda en este Capítulo la jurisprudencia del TJUE relacionada con la concesión o retirada de la protección internacional, ya que esta vertiente es la que, en sí misma, constituye un límite a la expulsión de extranjeros¹⁴⁸.

A estos efectos, el siguiente epígrafe está dedicado al estudio de la jurisprudencia del TJUE que establece los parámetros de evaluación de las solicitudes de protección internacional (epígrafe 2), donde se analiza: por una parte, las consideraciones previas acerca de los dos tipos de protección internacional previstos en el DUE, el estatuto de refugiado y el estatuto de protección subsidiaria (2.1). Por otra parte, los criterios de valoración de los hechos y circunstancias que fundamentan la solicitud de protección internacional (2.2); en concreto se abordan los criterios generales de valoración de ambos estatutos (2.2.1) y un criterio de valoración concreto que ha dado lugar a jurisprudencia por parte del TJUE: la valoración de la credibilidad del solicitante de protección internacional (2.2.2).

A continuación, será objeto de análisis la jurisprudencia de TJUE en relación al primero de los estatutos que configuran la protección internacional en el DUE: el estatuto de refugiado (3). Para abordar este análisis, en primer lugar, se estudia la jurisprudencia que ha delimitado los criterios generales de dicho estatuto (3.1); estos criterios son: la noción de “refugiado” (3.1.1.), la noción de persecución (3.1.2.) y la forma y gravedad que deben revestir los actos de persecución conforme a la definición de refugiado (3.1.3). En segundo lugar, serán objeto de análisis aquellos motivos de persecución cuya

¹⁴⁸ Para una visión de las vertientes restantes véase, ORDOÑEZ SOLÍS, D., “La crisis de los refugiados y su amparo judicial en la Unión Europea”, en VV.AA., *La crisis de las personas refugiadas y su impacto sobre la UE. Causas, impactos, asilo, políticas de inmigración, asilo, marco jurídico...*, EuroBasque, Consejo Vasco del Movimiento Europeo, diciembre de 2016, 41-109, pp. 75 y ss.

aplicación ha dado lugar a pronunciamientos por parte del TJUE (3.2): la persecución por motivos de índole religiosa (3.2.1.) y la persecución por pertenencia a un determinado grupo social (3.2.2.). En tercer lugar, se abordan las causas de cese del estatuto de refugiado de las que se ha ocupado el TJUE (3.3). En cuarto lugar, se abordan las causas de exclusión del estatuto de refugiado sobre las que se han planteado cuestiones prejudiciales (3.4.): la exclusión de extranjeros que reciben protección o asistencia de un órgano u organismo de las NU distinto de ACNUR (3.4.1.); la exclusión por la comisión de delitos antes de la solicitud de refugio (3.4.2.). En quinto lugar, se aborda la jurisprudencia del TJUE relativa al principio de *non refoulement* (3.5.).

Seguidamente, será objeto de análisis la jurisprudencia sobre el segundo de los estatutos que configura la protección internacional en el DUE: el estatuto de protección subsidiaria (4). Para ello, se aborda la naturaleza de esta forma de protección y los rasgos definitorios de su estatuto (4.1.) para, posteriormente, analizar cómo la jurisprudencia del TJUE ha concretado la consideración de “daños graves” como requisito para la obtención del estatuto de protección subsidiaria (4.2.).

Para finalizar, se ofrece a modo de recapitulación una síntesis y valoración de la jurisprudencia estudiada en el presente Capítulo (5).

2. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL: PARÁMETROS DE EVALUACIÓN DE LAS SOLICITUDES

2.1. El estatuto de refugiado y el estatuto de protección subsidiaria: consideraciones generales

La jurisprudencia del TJUE sobre la normativa que configura el SECA es importante, dado que determina los criterios que deberán utilizar los tribunales internos de los EM a la hora de aplicar las normas en materia de protección internacional¹⁴⁹. El TJUE

¹⁴⁹ En este sentido, DE CASTRO SÁNCHEZ, C., “Unión Europea: ¿amante de los derechos humanos? El difícil equilibrio entre seguridad y derecho de asilo en perspectiva europea”, en ALCAIDE FERNÁNDEZ, J. y PETIT DE GABRIEL, E.W. (Eds.), *España y la Unión Europea en el orden internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 1141-1151, p. 1142. La propia terminología “estándares comunes” lleva consigo la construcción de criterios comunes menos avanzados de protección, para poder así ser admisibles por todos los ordenamientos jurídicos estatales y convertirlos en normas mínimas para estos; SANTOLAYA MACHETTI, P., “El sistema europeo común de asilo y su recepción en España”, *RDME*, n. 12, 2006, 83-88, p. 84.

contribuye al SECA mediante la interpretación de conceptos tales como el de “persecución” (epígrafe 3.1.2) o “grupo social” (epígrafe 3.2.2.)¹⁵⁰.

Como ya se ha aclarado anteriormente, una de las normas que forma parte del SECA es la Directiva de Reconocimiento, cuyo objetivo no es el de conceder protección a todas aquellas personas que no pueden ejercer plena y eficazmente las libertades garantizadas por la CDFUE o el CEDH en su país de origen. Más bien se trata de limitar el reconocimiento de los dos estatutos de protección internacional –refugio y protección subsidiaria– a todas aquellas personas que se encuentran expuestas a denegaciones graves o vulneraciones sistemáticas de sus derechos más fundamentales y cuya vida en su Estado de origen se ha vuelto insoportable¹⁵¹. La Directiva de Reconocimiento, como el resto de normas del DUE, debe ser interpretada de forma que se respeten los derechos fundamentales y los principios reconocidos en la CDFUE¹⁵².

Dado que la finalidad de la Directiva 2011/95/UE consiste en establecer criterios comunes que permitan identificar a las personas que tienen necesidad real y legítima de protección internacional por un EM, el tribunal de Luxemburgo sostiene que el contexto de esta Directiva es eminentemente humanitario¹⁵³. Esta afirmación no debe llevar a pensar que la Directiva de Reconocimiento contempla un tipo de protección basada en consideraciones humanitarias. Esta es la protección que un Estado puede conceder a un extranjero por razones de compasión o humanitarias y no en virtud de la protección internacional. Como se desprende del considerando decimoquinto, del art. 2, letra g) de la Directiva de Reconocimiento, este tipo de protección no está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva¹⁵⁴.

¹⁵⁰ ORDOÑEZ SOLÍS, D., “La crisis de los refugiados y su amparo judicial en la Unión Europea”, en VV.AA., *La crisis de las personas refugiadas y su impacto sobre la UE. Causas, impactos, asilo, políticas de inmigración, asilo, marco jurídico...*, EuroBasque, Consejo Vasco del Movimiento Europeo, diciembre de 2016, 41-109, p. 70.

¹⁵¹ Conclusiones de la AG Eleanor Sharpston, presentadas el 11 de julio de 2013, *X. y otros*, acumulados C-199/12 a C-201/12, punto 41.

¹⁵² STJUE de 2 de marzo de 2010, *Salahadin Abdulla y otros*, asuntos acumulados C-175/08, C-176/08, C-178/08 y C-179/08, apdo. 54. A la hora de llevar a cabo su labor interpretativa, el TJUE se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los EM, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los DDHH en los que los EM han cooperado o a los que se han adherido, revistiendo el CEDH un significado particular; STJCE de 3 de septiembre de 2008, *Kadi y Al Barakaat International Foundation*, asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, apdo. 283; STJCE de 26 de junio de 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros*, asunto C-305/05, apdo. 29; STJCE de 14 de diciembre de 2006, *ASML Netherlands BV*, asunto C-283/05, apdo. 26; STJCE de 6 de marzo de 2001, *Bernard Connolly*, asunto C-274/99 P, pár 37.

¹⁵³ STJUE de 26 de febrero de 2015, *Shepherd*, asunto C-472/13, apdo. 32; STJUE de 9 de noviembre de 2010, *B. y D.*, asuntos acumulados C-57/09 y C-101/09, apdo. 93.

¹⁵⁴ STJUE de 18 de diciembre de 2014, *Mohamed M’Bodj*, asunto C-542/13, apdo. 37. En la doctrina, MARTÍN ARRIBAS, J.J., *Los Estados europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo*, Madrid, DyKinson, Universidad de Burgos, 2000, p. 316. El marco normativo que regula la protección por

Los dos estatutos en los que se materializa en el ámbito regional europeo la protección internacional –refugio y protección subsidiaria-, se reservan para aquellos supuestos en los que el extranjero no ha recibido protección por parte de su Estado de origen. Esta falta de protección puede darse, bien porque son las autoridades del propio Estado quienes han iniciado la persecución, o bien porque han contribuido o, con su pasividad han tolerado, las persecuciones por parte de las milicias o grupos de actores no estatales¹⁵⁵.

No existen normas en el DUE que establezcan las modalidades de procedimiento conforme a las que debe realizarse el examen de una solicitud de protección internacional. En la práctica, la mayoría de EM han adoptado un procedimiento único en el que se examina la solicitud presentada por el interesado al calor de las dos formas de protección internacional: el estatuto de refugiado y el estatuto de protección subsidiaria¹⁵⁶. La

motivos humanitarios es el contemplado en la legislación interna del Estado. En España, la norma que define que se entiende por razones humanitarias es el RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Extranjería; RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por LO 2/2009 (BOE n. 103, de 30 de abril de 2011). Concretamente en el art. 126 se recogen los supuestos por los que se podrá conceder una autorización de residencia temporal por razones humanitarias. El TS sostiene que se trata de una previsión del legislador para que la Administración pueda autorizar al extranjero que no reúna los requisitos exigidos por la Ley 12/2009 para la concesión de refugiado, la permanencia en España, tras evaluar la situación concreta del extranjero, con un amplio margen de discrecionalidad; STS 1510/2014 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), recurso n. 3272/2012, de 25 de abril de 2014, F.J. 4º. El TS afirma que la protección por razones humanitarias “rectamente entendidas, no son cualesquiera razones de humanitarismo, sino aquellas que se conectan al nivel de riesgo y desprotección que en el país de origen del solicitante pueda existir para derechos tales como la vida, la seguridad y la libertad como consecuencia de disturbios graves de carácter político, étnico o religioso o, [...] de motivos de género”; STS 5927/2011 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), recuso n. 4293/2010, de 19 de septiembre de 2011, F.J. 3º. La concesión de protección por razones humanitarias en España no es una decisión accesoria ni automática a la denegación de protección internacional, desprovista de elementos valorativos; STS 8195/2012 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), recurso n. 1723/2012, de 5 de diciembre de 2012, F.J. 2º. La denegación de la solicitud de protección internacional abre la puerta a la evaluación de la solicitud de permanencia por motivos humanitarios, para que se hace necesario un procedimiento de evaluación.

¹⁵⁵ Conclusiones del AG Yves Bot, presentadas el 17 de julio de 2014, *Mohamed M’Bodj*, asunto C-542/13, puntos 51 y 52 de las conclusiones. No resulta baladí apuntar que la expresión “no quiera” va irremediamente ligada con la expresión “a causa de dichos temores”; esto es debido a que si una persona quiere acogerse a la protección brindada por su Estado de origen, esa voluntad será, por lo general, incompatible con la afirmación de que se encuentra fuera de ese Estado “debido a fundados temores de ser perseguida”; ACNUR, “Manual y directrices sobre 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”, HCR/1P/4/ENG/REV. 3, diciembre de 2011, apdo. 100.

¹⁵⁶ Como señala SÁNCHEZ LEGIDO, “la unificación procedimental debe permitir un más rápido y eficaz examen de las solicitudes de protección, al no postergar a la inadmisión o desestimación de la solicitud de asilo el examen de la necesidad de protección desde la óptica de la protección subsidiaria”; SÁNCHEZ LEGIDO, A., “Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: a propósito de la nueva ley de asilo”, *REEI*, n. 18, 2009, 1-32, p. 17. La Comisión Europea recomienda, especialmente a partir de 2004, el uso del procedimiento, denominado por la propia institución, de “ventanilla única”; Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, “Un sistema europeo común de asilo más eficaz próxima fase: el procedimiento único”, COM(2004) 503 final. Bruselas, 15 de julio de 2004. Posteriormente, en el Pacto Europeo sobre

autonomía procesal de la que disponen los EM en este sentido, determina que ellos son los competentes para regular las modalidades procedimentales. Si bien, con independencia de cuales sean los criterios de tramitación de las solicitudes de protección internacional, los EM deben garantizar el respeto de los derechos fundamentales y la plena efectividad de las disposiciones del DUE relativas a la protección internacional¹⁵⁷. Además, la autonomía procesal en este ámbito, se encuentra sujeta también al respeto de los derechos fundamentales y a los principios de equivalencia¹⁵⁸ y de efectividad¹⁵⁹.

La autonomía procesal de la que gozan los EM permite que estos analicen la solicitud de refugio y protección subsidiaria de forma separada y sucesiva; esto es, que el análisis de una solicitud de protección subsidiaria quede supeditado a la previa denegación de una solicitud del estatuto de refugiado, sin que ello sea contrario, en principio, a la Directiva de Reconocimiento¹⁶⁰.

En todo caso, para que un procedimiento de este tipo sea conforme a la Directiva de Reconocimiento, la normativa nacional debe cumplir un doble requisito: en primer lugar, que la solicitud de protección internacional dirigida a obtener cualquiera de las dos formas de protección internacional pueda ser presentada de manera simultánea y; en segundo lugar, que dicho procedimiento nacional no suponga que el examen de protección subsidiaria se realice en un plazo irrazonable de tiempo¹⁶¹.

Por su parte, en *H.N.*, al solicitante, de origen pakistaní, no le es renovada su autorización de residencia en Irlanda, la cual obtiene por su matrimonio con una nacional irlandesa. Sin embargo, el cese de la convivencia con su esposa lleva a las autoridades estatales a no renovar dicha autorización. Ante su inminente expulsión a Pakistán, Sr.

Inmigración y Asilo de octubre de 2008, el Consejo Europeo subraya las disparidades entre los EM en relación a la concesión de protección, por lo que propuso un procedimiento único de asilo con garantías comunes; véase el considerando 7 de la Directiva 2013/32/UE.

¹⁵⁷ STJUE de 8 de mayo de 2014, *H.N.*, asunto C-604/12, apdo. 41; STJCE de 7 de diciembre de 2000, *VEBIC*, asunto C-439/08, apdo. 64.

¹⁵⁸ El principio de equivalencia establece que las medidas dirigidas a garantizar la salvaguardia de los derechos que los justiciables deducen del Derecho de la Unión se determinan por el ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro, a condición, sin embargo, de que no sean menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia); STJUE de 12 de julio de 2012, *VALE Építési Kft*, asunto C-378/10, apdo. 48.

¹⁵⁹ El principio de efectividad establece que las medidas dirigidas a garantizar la salvaguardia de los derechos que los justiciables deducen del Derecho de la Unión se determinan por el ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro, a condición, de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión; STJUE de 19 de mayo de 2011, *Tonina Enza Iaia y otros*, asunto C-452/09, apdo. 16

¹⁶⁰ STJUE de 8 de mayo de 2014, *H. N.*, asunto C-604/12, parte dispositiva. Por lo que el derecho a una buena administración, en el sentido de la Directiva de Reconocimiento, no obliga a un EM a establecer un procedimiento autónomo a efectos de la obtención del estatuto de protección subsidiaria; Conclusiones del AG Yves Bot, presentadas el 7 de noviembre de 2017, *H.N.*, asunto C-604/12, punto 11.

¹⁶¹ STJUE de 8 de mayo de 2014, *H.N.*, asunto C-604/12, apdo. 57.

H.N. alega que, si bien no existen motivos para concederle el estatuto de refugiado, si que considera que los hay para ser protegido mediante el estatuto de protección subsidiaria. No obstante, el TJUE mantiene que es la autoridad competente del EM la encargada de evaluar el tipo de protección o estatuto más acorde a las circunstancias de protección que requiere el solicitante, pues este último no está en condiciones de evaluar el tipo de protección que mejor se corresponde con su solicitud¹⁶². Además, la concesión de cualquiera de los tipos de protección internacional no puede depender de la apreciación subjetiva del solicitante, ya que la evaluación debe llevarse a cabo al margen de toda estimación subjetiva y sin atender a ningún tipo de interés personal¹⁶³.

2.2. La valoración de los hechos y circunstancias que fundamentan la solicitud de protección internacional

2.2.1. Criterios generales de valoración

El Capítulo II de la Directiva de Reconocimiento, titulado “evaluación de las solicitudes de protección internacional” aplica los mismos criterios de valoración de los hechos y circunstancias para determinar tanto el estatuto de refugiado como el de protección subsidiaria. Si bien, las autoridades competentes deben adaptar sus métodos de apreciación de las declaraciones y pruebas documentales o de otro tipo, a las características propias de cada categoría de protección internacional, respetando los derechos garantizados en la CDFUE¹⁶⁴. El TJUE reconoce a los EM un amplio margen de discrecionalidad a la hora de aplicar las disposiciones de la Directiva de Reconocimiento. No obstante, a la hora de interpretar esta norma europea, deben tener en cuenta el sentido corriente del lenguaje usado, su finalidad, estructura legislativa y contenido¹⁶⁵.

¹⁶² STJUE de 8 de mayo de 2014, *H.N.*, asunto C-604/12, apdo. 34.

¹⁶³ Conclusiones del AG Yves Bot, presentadas el 7 de noviembre de 2013, *H.N.*, asunto C-604/12, punto 57.

¹⁶⁴ STJUE de 2 de diciembre de 2014, *A. y otros*, asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13, apdo. 54. La doctrina apunta hacia lo valiosa que resulta la Carta desde la perspectiva de las normas de inmigración y asilo. En este sentido, representa un reconocimiento modesto de hasta qué punto la normativa europea en materia de inmigración está basada en derecho y no en la discrecionalidad lo que, a su vez, afianza más estos derechos frente a los posibles intentos por parte de los Gobiernos de los Estados de limitarlos; PEERS, S., MORENO-LAX, V., GARLICK, M., GUILD, E., “The EU Charter of Fundamental Rights and Immigration and Asylum Law”, en VV.AA., *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition, Volume 3: EU Asylum Law*, Brill Nijhoff, Leiden; Boston, 2015, 27-63, p. 60.

¹⁶⁵ STJUE de 22 de noviembre de 2012, *M.*, asunto C-277/11, apdo. 73.

El TJUE diferencia dos etapas en el desarrollo del procedimiento de evaluación de los hechos y circunstancias que acompañan a las solicitudes de protección internacional. En una primera etapa, a la que se podría denominar “etapa recopiladora”, se establecen las circunstancias fácticas de las que se desprenden los elementos sobre los que apoyar la solicitud. La segunda etapa, a la que se podría llamar “etapa evaluadora”, consiste en la valoración jurídica de esos elementos, de cuyo análisis se infiere si se cumplen los requisitos para considerar que esos actos y motivos de persecución o daños graves se corresponden con los exigidos para conceder uno de los dos estatutos de protección internacional¹⁶⁶.

En “la etapa recopiladora”, el art. 4.1 de la Directiva de Reconocimiento dispone que:

“Los Estados miembros podrán considerar que es obligación del solicitante presentar lo antes posible todos los elementos necesarios para fundamentar su solicitud de protección internacional. Los Estados miembros tendrán el deber de valorar, con la cooperación del solicitante, los elementos pertinentes de la solicitud”.

A la hora de analizar las solicitudes de protección internacional, aunque no cabe duda de que los auténticos necesitados de protección internacional son personas que a menudo han sufrido experiencias traumáticas, todo solicitante debe aportar una explicación clara y verosímil que apoye su solicitud¹⁶⁷.

En lo que respecta a la segunda de las etapas, “la etapa evaluadora”, el art. 4.1 de la Directiva de Reconocimiento establece que los EM podrán requerir que el solicitante presente, a la mayor celeridad posible, todos los elementos necesarios para fundamentar su solicitud. Para apreciar el fundamento del temor alegado por el solicitante, las autoridades competentes deben basar su análisis en una evaluación concreta de los riesgos a los que se expone el extranjero en el caso de ser devuelto a su país de origen, de conformidad con lo establecido en el art. 4.3 de la Directiva de Reconocimiento¹⁶⁸.

¹⁶⁶ STJUE de 22 de noviembre de 2012, *M.*, asunto C-277/11, apdo. 64.

¹⁶⁷ Conclusiones de la AG Eleanor Sharpston, presentadas el 11 de noviembre de 2014, *Shepherd*, asunto C-472/13, punto 28.

¹⁶⁸ En concreto el art. 4.3 de la Directiva de Reconocimiento dispone que: “La evaluación de una solicitud de protección internacional se efectuará de manera individual e implicará que se tengan en cuenta: a) todos los hechos pertinentes relativos al país de origen en el momento de resolver sobre la solicitud, incluidas las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes del país de origen y el modo en que se aplican; b) las declaraciones y la documentación pertinentes presentadas por el solicitante, incluida la información sobre si el solicitante ha sufrido o puede sufrir persecución o daños graves; c) la situación particular y las circunstancias personales del solicitante, incluidos factores tales como su pasado, sexo y edad, con el fin de evaluar si, dadas las circunstancias personales del solicitante, los actos a los cuales se haya visto o podría verse expuesto puedan constituir persecución o daños graves; d) si las actividades en que haya participado

La autoridad competente también ha de tomar en consideración las explicaciones que se le faciliten sobre la falta de elementos probatorios y sobre la credibilidad general del solicitante¹⁶⁹. En el caso de que los elementos aportados por el solicitante de protección internacional no sean completos, actuales o pertinentes, las autoridades del EM deben cooperar activamente con el solicitante para permitir que se reúnan todos los elementos mediante los que poder evaluar su solicitud¹⁷⁰. Esa cooperación permite al solicitante

el solicitante desde que dejó su país de origen obedecieron al único o principal propósito de crear las condiciones necesarias para presentar una solicitud de protección internacional, con el fin de evaluar si tales actividades expondrán al solicitante a persecución o daños graves en caso de que volviera a dicho país; e) si sería razonable esperar que el solicitante se acogiese a la protección de otro país del que pudiese reclamar la ciudadanía. 4. El hecho de que un solicitante ya haya sufrido persecución o daños graves o recibido amenazas directas de sufrir tal persecución o tales daños constituirá un indicio serio de los fundados temores del solicitante a ser perseguido o del riesgo real de sufrir daños graves, salvo que existan razones fundadas para considerar que tal persecución o tales daños graves no se repetirán”. Teniendo en consideración estos criterios desarrollados en la Directiva 2011/95/UE el TS ha desarrollado una jurisprudencia relativa a situaciones de desprotección y marginación social, política y jurídica de las mujeres en el ámbito familiar (la llamada “violencia doméstica”). Esta protección identifica a las personas del género femenino que ven violados sus DDHH debido a la discriminación que sufren en su Estado de origen por su estatus de mujer, contrario al principio de igualdad de mujeres y hombres. Este tipo de situación violenta debe tener una gravedad suficiente, acompañada de una ausencia de protección efectiva por parte del Estado de origen, para que pueda concederse la protección internacional; STS 5927/2011 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), recurso n. 4293/2010, de 19 de septiembre de 2011, F.J. 5º.

¹⁶⁹ STJUE de 9 de febrero de 2017, *M.*, asunto C-560/14, apdo. 36. La Directiva de Reconocimiento, al referirse a la participación del solicitante en la aportación de pruebas que documenten las alegaciones que sostiene su solicitud de protección internacional, lo hace en términos de obligación. En este punto ACNUR señala que los EM deben considerar la vulnerabilidad, ya no solo material, sino también psicológica en la que se encuentra un solicitante. Para ello el EM debe valorar el desvalimiento material de una persona que ha huido de su país con lo mínimo, lo que en muchos casos puede justificar la falta de documentación aportada a la solicitud. Así como las secuelas psicológicas que pueden hacer que la persona en cuestión no confíe en una autoridad estatal por las posibles vivencias traumáticas que haya podido experimentar en su país con las autoridades estatales; lo que puede derivar en una exposición de los hechos torpe e incompleta; ACNUR, “Manual y directrices sobre 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”, HCR/1P/4/ENG/REV. 3, diciembre de 2011, párs. 195 y ss. En este sentido, la falta de acreditación documental del relato factico del solicitante, en ocasiones, puede resultar compensada por la información que ACNUR, u ONGs de reconocida importancia, puedan aportar a las autoridades judiciales. Esta información puede concretar los motivos por los que la persona en cuestión estaría incluida en algunos de los grupos de riesgo. Ante el TS se ha planteado el caso de un recurso interpuesto por una solicitante siria, a la que le fue denegado el estatuto de refugiado debido a que, junto a su alegación acerca de los hechos y circunstancias, no aportaba un mínimo de documentos probatorios. El estatuto le fue denegado por estos motivos a pesar del informe presentado por ACNUR, en el que presenta los datos y los motivos por los que estima que la solicitante está inmersa dentro de los grupos de riesgo; en concreto, con motivo de su adscripción religiosa. Por ello el TS, además de estimar el recurso infiere que, en esta circunstancia, la mera calificación de “genérico” del relato factico expuesto por la solicitante de asilo, desvaloriza el informe aportado por el organismo de NU; STS 5211/2015 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), recurso n. 1699/2015, de 10 de diciembre de 2015, F.J. 2º.

¹⁷⁰ Así lo mantiene el TJUE en el asunto *M.* En este caso el demandante es admitido en Irlanda en septiembre de 2006 con un visado de estudiante. Al final de sus estudios presenta una solicitud de asilo que le es denegada. El demandante interpone recurso contra esta decisión, el cual es desestimado. A continuación, *M.* presenta una solicitud de protección subsidiaria. Esta solicitud es denegada el 30 de septiembre de 2010 y, el 5 de octubre de 2010, el Ministro dicta una orden de expulsión contra él. En su resolución de 30 de septiembre de 2010, el Ministro se basa, en gran medida, en las resoluciones anteriores relativas a la solicitud de asilo presentada por *M.* para concluir que este no había demostrado la existencia de motivos fundados para considerar que corría el riesgo de sufrir daños graves, habida cuenta, en particular, de las

evaluar y recopilar, junto con la autoridad nacional competente, los elementos más idóneos para la fundamentación de su solicitud¹⁷¹. La finalidad de dicha cooperación es la de reunir todos los elementos necesarios de la primera fase del procedimiento de valoración¹⁷². Esta cooperación también es puesta de manifiesto por el TEDH a la hora de establecer el modo de recopilar los elementos que permitan valorar el riesgo de tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes en el Estado de destino. En estos casos, el TEDH exige que las autoridades estatales acopien pruebas que permitan la máxima rigurosidad en la evaluación del riesgo (Capítulo III.3.1.)¹⁷³.

El procedimiento dirigido al reconocimiento de los estatutos de refugiado y de protección subsidiaria se aplica a una situación personal y material difícil, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la persona. Por tanto, la decisión por la que se concede o deniega la protección internacional del extranjero tiene una gran importancia para los derechos fundamentales del individuo. Además, todo el procedimiento se caracteriza por la posición eminentemente central del extranjero, que es el único que puede exponer, de forma concreta, su historia personal y el contexto en el que esta se desarrolla, con la finalidad de que se le reconozca el estatuto de protección internacional¹⁷⁴.

Ahora bien, a fin de conocer la historia del extranjero solicitante de protección internacional, el TJUE afirma que el derecho a ser oído no conlleva que el sujeto tenga derecho a una audiencia oral relativa a su solicitud (Capítulo VI.6.), ni tampoco comporta el derecho a designar o a repreguntar a testigos. En cualquier caso, cuando a la vista de los elementos de los que disponen las autoridades competentes para analizar la solicitud

dudas fundadas acerca de la credibilidad de las alegaciones formuladas en su solicitud; STJUE de 9 de febrero de 2017, *M.*, asunto C-560/14, apdos. 13,14 y 48. Como sostiene el TS, la atenuación de la carga de la prueba indiciaria al solicitante, en estas circunstancias, no le exonera de ella. Por lo que el solicitante debe aportar al menos indicios que permitan fundamentar el relato de persecución alegado por él; STS 3165/2006 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), recurso n. 4126/2003, de 26 de mayo de 2006; STS 1969/2006 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), recurso n. 1972/2003, de 30 de marzo de 2006; STS 1695/2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), recurso n. 10469/2003, de 16 de marzo de 2007.

¹⁷¹ Conclusiones del AG Yves Bot, presentadas el 26 de abril de 2012, *M.*, asunto C-277/11, punto 83.

¹⁷² STJUE de 22 de noviembre de 2012, *M.*, asunto C-277/11, apdo. 66. Esta afirmación es corroborada por la Directiva de acogida 2013/32/UE, concretamente por el art. 10.3.b). De conformidad con este artículo, los EM garantizaran que se obtenga información precisa y actualizada de diversas fuentes respecto a la situación general que impera en el Estado de origen de los solicitantes y, en el caso de ser necesario, de aquellos Estados por los que haya transitado.

¹⁷³ STEDH de 27 de junio de 2013, *M.K.N. c. Suecia*, demanda n. 72413/10, párr. 27; STEDH de 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia*, demanda n. 37201/06, párr. 128; STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, demanda n. 22414/93, párr. 96.

¹⁷⁴ Conclusiones del AG Yves Bot, presentadas el 26 de abril de 2012, *M.*, asunto C-277/11, punto 49. Estas fueron reproducidas en las Conclusiones del AG Paolo Mengozzi, presentadas el 3 de mayo de 2017, *M.*, asunto C-560/14, punto 46.

de protección internacional sea necesaria una audiencia del interesado con el fin de resolver el procedimiento con pleno conocimiento de causa, se podrá convocar una audiencia con el solicitante¹⁷⁵. Corresponde al órgano jurisdiccional interno competente evaluar la necesidad de realizar dicha audiencia.

2.2.2. La valoración de la credibilidad del solicitante de protección internacional

Para el TJUE las declaraciones de los solicitantes de protección internacional constituyen el punto de partida en el procedimiento de examen de los hechos y circunstancias¹⁷⁶. Esta postura es conforme con la jurisprudencia del TEDH, órgano judicial que, a la hora de evaluar la expulsión de un extranjero ante el riesgo de ser sometido a un trato contrario al art. 3 del CEDH, mantiene que el demandante debe aportar pruebas que demuestren que existen motivos fundados para creer que, en caso de expulsión, se verá expuesto a un riesgo real de tratos contrarios al art. 3 del CEDH (Capítulo III.3.1.)¹⁷⁷. Con frecuencia, una persona que necesita protección internacional abandona su lugar de procedencia en el contexto de una situación extrema. Según el TEDH, debido a la especial situación en la que se encuentran los demandantes, a menudo es necesario ofrecerles el beneficio de la duda cuando se trata de evaluar la credibilidad de sus declaraciones, así como los documentos presentados en apoyo de las mismas. Empero, cuando un demandante presenta información de la que se desprenden fuertes razones para cuestionar la veracidad de sus alegaciones, el individuo debe proporcionar una explicación satisfactoria de las supuestas discrepancias¹⁷⁸.

¹⁷⁵ STJUE de 9 de febrero de 2017, *M.*, asunto C-560/14, apdo. 58. Un ejemplo de ello es cuando un solicitante rehúsa de responder, en un primer momento, a preguntas de índole personal o pertenecientes a una esfera muy íntima de su vida privada; como puede ser la revelación de su orientación sexual. En estos casos, se impone una exigencia de dar audiencia al solicitante para efectuar una evaluación individual habida cuenta de su situación particular; STJUE de 2 de diciembre de 2014, *A. y otros*, asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13, apdo. 70. En este sentido, el TS, en un caso del que conoce en 2011, sostiene que la entrevista del solicitante con el instructor en el curso del expediente no es preceptiva, por lo que si no se lleva a cabo no supone indefensión, debido a que el solicitante puede presentar las alegaciones oportunas sin necesidad de audiencia; STS 5954/2011 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), recurso n. 5327/2010, de 29 de septiembre de 2011.

¹⁷⁶ STJUE de 2 de diciembre de 2014, *A. y otros*, asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13, apdo. 49.

¹⁷⁷ STEDH de 10 de julio de 2018, *X. c. Países Bajos*, demanda n. 14319/17, pár. 74; STEDH de 9 de enero de 2018, *X. c. Suecia*, demanda n. 36417/16, párs. 50 y 56; STEDH de 20 de junio de 2017, *M.O. c. Suiza*, demanda n. 41282/16, pár. 62; STEDH de 13 de diciembre de 2016, *Paposhvili c. Bélgica*, demanda n. 41738/10, pár. 186; STEDH de 23 de agosto de 2016, *J.K. y otros. Suecia*, demanda n. 59166/12, pár. 91.

¹⁷⁸ STEDH de 23 de agosto de 2016, *J.K. y otros. Suecia*, demanda n. 59166/12, pár. 93; STEDH de 23 de marzo de 2016, *F.G. c. Suecia*, demanda n. 43611/11, pár. 113; STEDH de 21 de julio de 2015, *H.S. y otros c. Chipre*, demanda n. 41753/10, pár. 271; STEDH de 29 de enero de 2013, *S.H.H. c. Reino Unido*, demanda n. 60367/10, pár. 71. Conviene destacar la postura manifestada por el TS quien mantiene la exigencia de

El TJUE también concede un margen de beneficio de duda en favor del solicitante¹⁷⁹. En concreto, mantiene que, en el caso de que las declaraciones del solicitante presenten aspectos que no están avalados por pruebas documentales o de otro tipo, tales aspectos no requerirán confirmación si se cumplen una serie de condiciones establecidas en el art. 4.5 de la Directiva de Reconocimiento:

“a) el solicitante ha realizado un auténtico esfuerzo para fundamentar su posición; b) se han presentado todos los elementos pertinentes de que dispone el solicitante y se ha dado una explicación satisfactoria en relación con la falta de otros elementos pertinentes; c) las declaraciones del solicitante se consideran coherentes y verosímiles y no contradigan la información específica de carácter general disponible que sea pertinente para su caso; d) el solicitante ha presentado con la mayor rapidez posible su solicitud de protección internacional; a menos que pueda demostrar la existencia de razones fundadas para no haberla presentado así, y e) se ha comprobado la credibilidad general del solicitante”.

En este sentido, cuando las preguntas relativas a la esfera personal de una persona son comprometidas, no cabe concluir que dicha persona carece de credibilidad solo por su reticencia a revelar, en un primer momento, aspectos íntimos de su vida¹⁸⁰. En particular, se ha planteado ante el TJUE la verosimilitud del relato de un solicitante que alega ser homosexual cuando dicha orientación es penada en su Estado de origen. La comprobación de una declaración relativa a la orientación sexual plantea mayores interrogantes que el resto de motivos de persecución recogidos en el art. 10 de la Directiva de Reconocimiento. Se debe tener en cuenta que la constatación de que una persona tiene

una “mínima” acreditación del riesgo alegado ya sea con pruebas documentales, o con un conocimiento justificado sobre determinadas cuestiones y hechos acerca del Estado de origen, que dote al relato de cierta verosimilitud. Ejemplo de ello es la sentencia dictada por el TS en 2016 en la que el solicitante, nacional de Costa de Marfil de etnia dioula –marfileños musulmanes– alega riesgo de malos tratos en caso de ser expulsado a su Estado de origen. Sin embargo, le es denegado tanto el estatuto de refugiado como el de protección subsidiaria; el primero de ellos debido a falta total de acreditación sobre la realidad de la persecución, amén del desconocimiento injustificable sobre su Estado de origen; el segundo, debido a que la falta total de elementos probatorios no permite acreditar ni siquiera su nacionalidad marfileña; STS 483/2016 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), recurso n. 2575/2015, de 9 de febrero de 2016, F.J. 1º. El TS sostiene que las meras declaraciones del solicitante no pueden ser consideradas como indicio suficiente de la persecución alegada cuando no existe ningún medio de contraste; STS 5526/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), recurso n. 2091/1999, de 17 de septiembre de 2003, F.J. 4º. En cualquier caso, no es necesaria una prueba plena de que el solicitante ha sufrido en su Estado de origen persecución. Basta con que existan indicios suficientes, en función del caso, para deducir que se da un riesgo de persecución; STS 4032/2014 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), recurso n. 1133/2014, de 10 de octubre de 2014, F.J. 2º y jurisprudencia citada. Por consiguiente, no es necesaria una prueba concluyente, pero si indiciaria o semiplena que, *prima facie*, acredite el riesgo de persecución.

¹⁷⁹ STJUE de 2 de diciembre de 2014, *A. y otros*, asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13, apdo. 58.

¹⁸⁰ STJUE de 2 de diciembre de 2014, *A. y otros*, asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13, apdo. 69.

la orientación sexual que alega no se realiza de manera uniforme en todos los EM, ya que no existe un método objetivo para evaluar una orientación sexual declarada¹⁸¹.

A este respecto, aunque los interrogatorios basados en conceptos estereotipados pudieran ser un elemento, la evaluación de las solicitudes de refugio planteadas por personas que alegan ser homosexuales, basadas únicamente en conceptos estandarizados, no permite apreciar la situación particular y las circunstancias personales del solicitante, como exige el art. 4 de la Directiva de Reconocimiento. Por consiguiente, la falta de capacidad del solicitante para responder a preguntas estandarizadas no acarrea, por ello, una falta de credibilidad¹⁸².

La jurisprudencia del TJUE en este ámbito considera que cualquier elemento requerido por las autoridades o aportado por los solicitantes no puede menoscabar los derechos establecidos en la CDFUE. En concreto, al TJUE le fue planteado un caso en el que, ante la postura escéptica del órgano jurisdiccional interno sobre la homosexualidad alegada por los solicitantes, estos últimos hicieron conocer su voluntad para demostrar dicha condición, a través de “exámenes”, e incluso aportar pruebas, tales como la presentación de vídeos de actos íntimos. En este caso, el TJUE entiende que los interrogatorios destinados a apreciar los hechos y circunstancias, de conformidad con el art. 4 de la Directiva de Reconocimiento, no pueden vulnerar el derecho a la vida privada y familiar, reconocido en el art. 7 de la Carta¹⁸³.

Para evaluar el sentido y alcance del derecho a la vida privada y familiar conforme la CDFUE, el TJUE se basa en la jurisprudencia del TEDH. En este sentido, el tribunal de Estrasburgo sostiene que la noción de “vida privada” (Capítulo V) abarca la integridad física y psicología de una persona, lo que incluye elementos como la orientación y vida sexual protegidos por el CEDH¹⁸⁴. Además, en asuntos relativos a la identidad sexual y a la transexualidad, el TEDH afirma la importancia del concepto de autonomía personal

¹⁸¹ JANSEN, S. y SPIJKERBOER, T., “Fleeing Homophobia, Asylum Claims Related to Sexual Orientation and Gender Identity in Europe”, Vrije Universiteit Amsterdam (VU University Amsterdam), september 2011, p. 47. Disponible en: <http://www.refworld.org/docid/4ebba7852.html>

¹⁸² STJUE de 2 de diciembre de 2014, *A. y otros*, asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13, apdo. 62.

¹⁸³ En el caso concreto, el TJUE se refiere a interrogatorios sobre los detalles de las prácticas sexuales. En cualquiera caso, la observancia del respeto a los límites impuestos por el art. 7 de la CDFUE, deberá de ser ajustado en función del caso.

¹⁸⁴ Con carácter general el TEDH ha determinado que la vida privada comprende la integridad física y psicológica de una persona; STEH de 12 de junio de 2003, *Van Kück c. Alemania*, demanda n. 35968/97, apdo. 69. En ocasiones también puede abarcar aspectos de la identidad física y social de un individuo; STEDH de 7 de febrero de 2002, *Mikulić c. Croacia*, demanda n. 53176/99, apdo. 53. Ello incluye elementos tales como a identificación de género, el nombre y la orientación y vida sexual; STEDH de 27 de septiembre de 1999, *Smith y Grady c. Reino Unido*, demandas nos. 33985/96 y 33986/96.

como principio subyacente al art. 8 del CEDH, que reconoce el derecho a la vida privada y familiar¹⁸⁵. En opinión de la AG Eleanor Sharpston, esta interpretación atribuye importancia a la definición que el solicitante da de su propia orientación sexual en el proceso de evaluación de la solicitud de protección internacional¹⁸⁶.

En cuanto a la presentación de material “íntimo” como prueba material de las declaraciones, el TJUE sostiene que este material puede vulnerar el art. 1 de la CDFUE (dignidad humana), además de no tener necesariamente valor probatorio¹⁸⁷. Esta línea jurisprudencial ha sido consolidada recientemente en el asunto *F*. en el que un nacional de Nigeria solicita protección internacional en Hungría debido a su homosexualidad, motivo por el que es objeto de persecución en su Estado de origen. Las autoridades húngaras, para confirmar dicha condición sexual, recurren a un experto quien realiza un informe psicológico al solicitante. En este caso el TJUE afirma que el DUE no se opone a que los EM lleven a cabo exámenes periciales que, con carácter general, valoren los hechos y circunstancias relativos a las circunstancias alegadas por los solicitantes, siempre y cuando tales métodos respeten los derechos fundamentales garantizados en la CDFUE¹⁸⁸. Por consiguiente, este pronunciamiento exige el respeto de los DDHH en el proceso de evaluación de las solicitudes de protección internacional, de conformidad con lo establecido en el art. 51.1 de la CDFUE.

3. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL MEDIANTE EL RECONOCIMIENTO DEL ESTATUTO DE REFUGIADO

3.1. Los criterios generales que configuran el estatuto de refugiado

3.1.1. La noción de “refugiado”

El art. 2, letra d) de la Directiva de Reconocimiento reproduce la noción de refugiado recogida en el art. 1 de la ya citada Convención de Ginebra de 1951. Para considerar que un solicitante de protección internacional se enmarca dentro de la definición de refugiado es necesario que el sujeto experimente un temor fundado a ser objeto de persecución por, al menos, uno de los cinco motivos enumerados en dicha

¹⁸⁵ STEDH de 29 de abril de 2002, *Pretty c. Reino Unido*, demanda n. 2346/02, pár. 61

¹⁸⁶ Conclusiones de la AG Eleanor Sharpston, presentadas el 17 de julio de 2014, *A. y otros*, asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13, punto 40.

¹⁸⁷ STJUE de 2 de diciembre de 2014, *A. y otros*, asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13, apdos. 64 y 65.

¹⁸⁸ STJUE de 25 de enero de 2018, *F*, asunto C-473/16, parte dispositiva.

definición; es decir, por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a determinado grupo social. Además, este temor debe tener su origen en las circunstancias existentes en el país de nacionalidad del solicitante, así como en el comportamiento de los actores que llevan a cabo la persecución¹⁸⁹. El concepto de “temor” adolece de cierta subjetividad. Por lo que es necesario demostrar que el temor alegado por el solicitante es real a la luz de factores objetivos, como son las pruebas documentales. Si el extranjero no puede acreditar su temor a ser perseguido por medio de ningún elemento de prueba objetivo, es necesario que la autoridad competente declare, a la mayor brevedad posible, la negativa a que dicha persona sea beneficiaria del estatuto de refugiado. La finalidad no es otra que la de poder analizar, en tiempo útil, el examen de la solicitud de protección subsidiaria¹⁹⁰ (epígrafe 4).

3.1.2. La noción de “persecución”

Los redactores de la Convención de Ginebra de 1951 optaron por no definir el concepto de “acto de persecución” debido a que, a pesar de haberse intentado, no se había logrado una definición universalmente aceptada¹⁹¹. El AG, Yves Bot, afirma que la persecución constituye un acto de máxima gravedad ya que, con ella, se niegan los derechos fundamentales de la persona, perseguida por su raza, su nacionalidad, su orientación sexual o sus convicciones políticas o creencias religiosas. Con independencia de la forma que adopte, así como de la razón que la provoca, la persecución lleva consigo la negación de la identidad de la persona, perfilándose con ello su exclusión social, lo que supone sancionar a la persona por lo que es o por lo que esta representa¹⁹².

¹⁸⁹ STJUE de 2 de marzo de 2010, *Salahadin Abdulla y otros*, asuntos acumulados C-175/08, C-176/08, C-178/08 y C-179/08, apdos. 56 y 57. En el ordenamiento interno español la noción de refugiado se encuentra recogida en el art. 3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Aunque la redacción es prácticamente idéntica a la recogida por la Directiva de Reconocimiento y, por analogía, a la Convención de Ginebra de 1951, la norma española recoge como motivo de persecución, de manera expresa, la orientación sexual.

¹⁹⁰ STJUE de 8 de mayo de 2014, *H.N.*, asunto C-604/12, apdo. 47.

¹⁹¹ ACNUR, “Manual y directrices sobre 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”, HCR/1P/4/ENG/REV. 3, diciembre de 2011, pág. 51. Sobre la falta de una noción internacional de persecución, véase, WALLACE, R.M.M., “Religion within the Refugee Context: Squaring the Circle?”, en REHMAN, J. y BREAUX, S.C. (Eds.), *Religion, Human Rights and International Law. A critical examination of Islamic States practices*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, 197-222, p. 199.

¹⁹² Conclusiones del AG Yves Bot, presentadas el 19 de abril de 2012, *Y y Z*, asuntos acumulados C-71/11 y C-99/11, punto 56. En esta línea el Estatuto de Roma de 1998 de la CPI, define el término persecución como: “la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad”; Art. 7.2, letra g) del Estatuto de Roma de la CPI de 17 de julio de 1998 (*BOE* n. 126, de 27 de mayo de 2002). Esta definición constituye el fundamento por el que el Estatuto de la CPI califica la persecución como un crimen de lesa humanidad,

La Directiva de Reconocimiento no ofrece una definición del término persecución, pero en su Capítulo III, en el que se establecen los requisitos para ser un refugiado, recoge los criterios por los que cabe considerar un acto como “acto de persecución” conforme a la Convención de Ginebra de 1951. Del art. 9 de la citada Directiva –actos de persecución– en relación con el art. 10 –motivos de persecución–, se desprende que el concepto de persecución lo configuran dos elementos. Un elemento material: el acto de persecución, que fundamenta los temores del solicitante de protección internacional y justifica que la persona no pueda o no quiera acogerse a la protección que puede brindarle su Estado de origen. Y un segundo elemento, el intelectual, el motivo de la persecución; esto es, el por qué se cometen o aplican los actos y medidas de persecución¹⁹³.

El art. 9, letra a), de la Directiva de Reconocimiento, define los elementos que permiten identificar los actos que constituyen una persecución. Estos actos deben, por un lado, ser “suficientemente graves”, por su naturaleza o carácter reiterado, como para constituir una violación grave de los derechos humanos fundamentales, en particular los derechos absolutos que, por esta misma condición, no pueden ser objeto de excepción de conformidad con el art. 15.2 del CEDH¹⁹⁴: el derecho a la vida (Capítulo II), el derecho

incluido en el art. 7.1, letra h), cuando la acción se dirige de manera colectiva y sistemática contra una determinada población.

¹⁹³ Conclusiones del AG Yves Bot, presentadas el 19 de abril de 2012, *Y y Z*, asuntos acumulados C-71/11 y C-99/11, punto 22.

¹⁹⁴ Cuando el Consejo de la UE define el concepto de persecución de conformidad con el TFUE y la Convención de Ginebra de 1951, lo hace conforme a los atentados graves llevados a cabo sobre derechos como la vida, la libertad o la integridad física, o aquellos que impiden, de forma evidente, el desarrollo normal de la vida de la persona; Posición Común de 4 de marzo de 1996 definida por el Consejo, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativa a la aplicación armonizada de la definición del término «refugiado» conforme al artículo 1 de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (96/1 96/JAI). Bruselas, 4 de marzo de 1996 (*DOCE* N L 63/2, de 13 de marzo 1996). Posteriormente, el legislador comunitario alude, en el siguiente orden, al derecho a la vida, al derecho a no sufrir torturas y el derecho a la libertad y a la seguridad. Con ocasión de las reservas manifestadas por varios de los EM, finalmente se incorpora la referencia a todos los derechos absolutos, de acuerdo con el art. 15.2 del CEDH. Del tenor literal del art. 9.1 de la Directiva de Reconocimiento se desprende que lo único que la intención del legislador a la hora de hacer referencia a los derechos a los que se refiere el art. 15.2 del CEDH, es que la limitación o vulneración de estos derechos suponga un reconocimiento automático de estos actos de persecución para conceder el estatuto de refugiado. Para ello, el legislador europeo trata de que el concepto de persecución sea lo suficientemente flexible y adaptable como para no limitar este concepto a un tiempo determinado, sino que se adapte a las cambiantes formas de persecución que pueden constituir una base para el reconocimiento y concesión del estatuto de refugiado; Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los requisitos y el estatuto al que pueden optar ciudadanos de países terceros y personas apátridas para ser refugiados de otros tipos de protección internacional (presentada por la Comisión), Bruselas 12 de septiembre de 2001, COM(2001) 510 final, 2001/0207 (CNS) (*DOCE* C 51 E/325, de 26 de febrero de 2002), p. 15. Por ello, a la hora de interpretar las disposiciones de la Directiva de Reconocimiento en la evaluación de las solicitudes de refugio, es importante que los EM tengan presente que la Convención de Ginebra es un instrumento evolutivo que debe interpretarse a la luz de las circunstancias actuales y de conformidad con la evolución del DI; Conclusiones de la AG Eleanor Sharpston, presentadas el 11 de noviembre de 2014, *Shepherd*, asunto C-472/13, punto 27.

a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes (Capítulo III); el derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre y; el derecho a no ser arbitrariamente detenido o privado de libertad (Capítulo VI). También se considera como actos de persecución aquellos que son “una acumulación de varias medidas, incluidas las violaciones de los derechos humanos, que sea lo suficientemente grave como para afectar a una persona de manera similar a la mencionada en la letra a)”.

En todo caso, no toda violación de los derechos fundamentales es una “persecución”, de conformidad con la Directiva de Reconocimiento. Para que una violación de los derechos fundamentales constituya una persecución, esta violación debe alcanzar cierto nivel de gravedad¹⁹⁵. La persecución, más allá de la libertad que pueda ser afectada, se basa en un acto material cuya naturaleza constituye el criterio objetivo que permite apreciar la existencia de una persecución, siempre y cuando esta se cometa por uno de los motivos recogidos en el art. 10 de la Directiva de Reconocimiento¹⁹⁶. Para determinar el acto material de persecución, como sostiene el AG, las autoridades nacionales competentes deben examinar la naturaleza de la situación a la que se expone la persona al ejercer un determinado derecho fundamental, o al infringir las limitaciones que las normas o actores de su país de origen imponen¹⁹⁷.

3.1.3. La forma y gravedad que deben revestir los actos de persecución

El art. 9.2 de la Directiva de Reconocimiento establece una lista no exhaustiva de actos de persecución. Estos son:

- a) actos de violencia física o psíquica, incluidos los actos de violencia sexual; b) medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales que sean discriminatorias en sí mismas o se apliquen de manera discriminatoria; c) procesamientos o penas que sean desproporcionados o discriminatorios; d) denegación de tutela judicial de la que se deriven penas desproporcionadas o discriminatorias; e) procesamientos o penas por

¹⁹⁵ STJUE de 26 de febrero de 2015, *Shepherd*, asunto C-472/13, apdo. 25; STJUE de 7 de noviembre de 2013, X. y otros, asuntos acumulados C-199/12 a C-201/12, apdos. 51 a 53; Conclusiones de la AG Eleanor Sharpston, presentadas el 11 de julio de 2013, X. y otros, asuntos acumulados C-199/12 a C-201/12, punto 43.

¹⁹⁶ Conclusiones del AG Yves Bot, presentadas el 19 de abril de 2012, Y y Z, asuntos acumulados C-71/11 y C-99/11, punto 46.

¹⁹⁷ El AG mantiene que, para distinguir a aquellos que verdaderamente necesitan protección internacional por haberse visto despojados de sus derechos más esenciales en el Estado de origen, de aquellos que emigran por razones de conveniencia social o índole económica, es necesario diferenciar la persecución de cualquier otra medida discriminatoria; Conclusiones del AG Yves Bot, presentadas el 19 de abril de 2012, Y y Z, asuntos acumulados C-71/11 y C-99/11, punto 54.

la negativa a cumplir el servicio militar en un conflicto en el que el cumplimiento del servicio militar conllevaría delitos o actos comprendidos en los motivos de exclusión establecidos en el artículo 12, apartado 2; f) actos dirigidos contra las personas por razón de su sexo o por ser niños”.

A pesar de que estos actos de persecución no se encuentran recogidos expresamente en la Convención de Ginebra, el DUE los ha desarrollado como reconocimiento de la necesidad de proteger a las víctimas de estos tratos en su Estado de origen¹⁹⁸. En *Shepherd* se plantea el caso de un nacional estadounidense que presta servicios como técnico de mantenimiento de helicópteros en el ejército de EEUU desplegado en Irak. El Sr. *Shepherd* solicita refugio en Alemania por su negativa a seguir cumpliendo el servicio militar en Irak por razones morales. La cuestión que se le plantea al TJUE es si el ámbito de protección del art. 9.2., letra e), comprende solo a aquellas personas que participan directamente en actos de combate, o también a quienes se limitan a prestar apoyo logístico o técnico y no sirven en actos de combate en sentido estricto. El TJUE afirma que las autoridades nacionales competentes para el examen de la solicitud no deben realizar una interpretación restrictiva de los actos de persecución cuando estos no establecen una limitación expresa dentro de su contexto y alcance. Por ejemplo, la expresión “servicio militar” cubre a todo el personal militar, incluido el personal logístico o de apoyo¹⁹⁹.

Por tanto, considera que el “servicio militar” abarca también aquellas situaciones de conflicto en las que el solicitante actúa de manera indirecta en la comisión de los crímenes establecidos en el art. 12.2 de la Directiva de Reconocimiento. Por tanto, cualquier forma de apoyo indispensable en la ejecución de tales crímenes se enmarca en la letra e) del citado art. 9.2²⁰⁰. Conforme el tenor literal de esta última disposición, nada hace indicar que el cumplimiento del servicio militar se limite solamente al personal combatiente. En suma, la amplitud de los términos en los que se encuentra redactado el art. 9.2 de la Directiva de Reconocimiento, donde se recogen los motivos de persecución, no puede hacer que los EM, a la hora de interpretar y concretar esta disposición, excluyan determinados supuestos que su redacción no descarta.

¹⁹⁸ EL-ENANY, N., “Who is the new European refugee”, *ELR*, n. 3, 2008, 313-335, p. 322.

¹⁹⁹ STJUE de 26 de febrero de 2015, *Shepherd*, asunto C-472/13, apdo. 33.

²⁰⁰ Son las autoridades nacionales las competentes de establecer si existe una relación directa entre las acciones realizadas por una persona y la probabilidad razonable de que tales acciones incluyan un elemento necesario para que se produzcan los crímenes de guerra; Conclusiones de la AG Eleanor Sharpston, presentadas el 11 de noviembre de 2014, *Shepherd*, asunto C-472/13, punto 46.

Las autoridades competentes de los EM deben evaluar todos los riesgos presentes y posibles para determinar el nivel de gravedad de las medidas y sanciones adoptadas contra el solicitante de protección internacional en su Estado de origen. La finalidad es valorar si tales medidas pueden derivar en un acto de persecución conforme al citado art. 9.1²⁰¹. Las autoridades nacionales deben valorar si el mero ejercicio de un derecho o libertad en el Estado origen por el solicitante de protección internacional da lugar a persecución o tratos inhumanos o degradantes por parte del Estado, partidos u organizaciones que controlen el Estado o gran parte de su territorio, actores no estatales, incluidas las OOI, no pueden o no quieren proporcionar la protección contra la persecución o los daños graves (art. 6, letra c) de la Directiva de Reconocimiento)²⁰².

El fundamento de la persecución lo constituye, por un lado, la gravedad intrínseca que revisten los actos de violencia enumerados en el art. 9.1 de la Directiva de reconocimiento y, por otro lado, las repercusiones derivadas de tales actos combinadas con las razones alegadas por el solicitante de protección internacional. La combinación jurídica de estos dos elementos permite establecer un umbral de apreciación común a todos los EM respecto al término “persecución”²⁰³. En consecuencia, la persecución no se identifica por el ámbito al que pertenece; por ejemplo, no es más grave por su naturaleza o su carácter reiterativo una persecución por motivos religiosos o de orientación sexual. La base de la determinación objetiva de una persecución, como elemento para la concesión del estatuto de refugiado, reside en la naturaleza de la represión ejercida y la consecuencia de esta.

Por consiguiente, a la hora de evaluar una solicitud de refugio, es necesario detectar, por un lado, el elemento objetivo, esto es, si un hecho o la suma de varios hechos llevan a la conclusión de que el solicitante tiene un temor fundado de que sus derechos fundamentales vayan a ser vulnerados en caso de regresar a su país de origen; y, en segundo lugar, el elemento subjetivo, esto es, que el riesgo de persecución se focalice en la persona que solicita la protección²⁰⁴.

Por tanto, el estatuto de refugiado es concedido a los solicitantes que se ven expuestos a una persecución individual, que se materializa en la existencia de un potencial riesgo de

²⁰¹ STJUE de 5 de septiembre de 2012, *Y y Z*, asuntos acumulados C-71/11 y C-99/11, apdo. 67.

²⁰² STJUE de 5 de septiembre de 2012, *Y y Z*, asuntos acumulados C-71/11 y C-99/11, apdo. 72.

²⁰³ Conclusiones del AG Yves Bot, presentadas el 19 de abril de 2012, *Y y Z*, asuntos acumulados C-71/11 y C-99/11, punto 51.

²⁰⁴ Véase la aplicación de estos criterios en el ámbito jurisdiccional español en, STS 818/2014 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), recurso n. 2034/2013, de 6 de marzo de 2014.

violación de los derechos fundamentales del extranjero en su Estado de origen²⁰⁵. Por ende, el estatuto de refugiado no protege a las víctimas de violaciones de los derechos fundamentales cuando tales vulneraciones se lleven a cabo en el Estado de origen de forma generalizada; a no ser que a consecuencia de un cuadro general de violencia una persona sufra una persecución individualizada²⁰⁶. De modo que, la “persecución individualizada” se convierte en la clave de bóveda del estatuto de refugiado.

El TJUE ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre qué debe entenderse por procesamientos o penas desproporcionadas o discriminatorias, en el sentido del art. 9.2, letra c); y por procesamientos o penas por la negativa a cumplir el servicio militar, de conformidad con el art. 9.2, letra e).

En primer lugar, en relación a los “procesamientos o penas desproporcionadas o discriminatorias” el TJUE ha afirmado, por una parte, que para averiguar el grado de desproporción, los EM deben evaluar la acción cometida en relación con el procesamiento, así como la legitimidad del Estado para reprimir dichas acciones. Por ejemplo, determinar si las persecuciones y las sanciones a las que se expone un solicitante de refugio en su Estado de origen por su negativa a cumplir el servicio militar tiene carácter desproporcionado, supone comprobar que esos actos van más allá de lo necesario para que el Estado de origen ejerza su derecho legítimo a mantener unas fuerzas armadas²⁰⁷. Por otra parte, en lo que al control del carácter discriminatorio se refiere, es necesario comprobar si los objetivos que persigue la normativa y, dentro del alcance de esta, la situación de un determinado colectivo aparentemente discriminado por la norma, pueden compararse al de otras personas enmarcadas en el ámbito de aplicación de la norma. Además, debe indagarse si las sanciones infringidas a un determinado colectivo pueden tener un carácter manifiestamente discriminatorio²⁰⁸.

²⁰⁵ LENZERINI, F., *Asilo e diritti umani. L'evoluzione del diritto di asilo nel diritto internazionale*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 236 y ss.

²⁰⁶ Según el ACNUR, “el concepto de «persecución» en el derecho internacional de los refugiados incluye, pero no se limita a una serie de violaciones a los derechos humanos, tales como la privación arbitraria de la vida o de la libertad, tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. La persecución también se puede manifestar de otras maneras, como, por ejemplo, con medidas discriminatorias que, por si solas o en forma acumulada, puedan tener consecuencias considerablemente perjudiciales. Otra forma de persecución podría ser la restricción de los derechos sociales y económicos de una persona si tuviesen como resultado la privación de sus habilidades para poder subsistir”; ACNUR, “Nota del ACNUR sobre las garantías diplomáticas y la protección internacional de los refugiados”, 2006, apdo. 50.

²⁰⁷ Conclusiones la AG Eleanor Sharpston, presentadas el 11 de noviembre de 2014, *Shepherd*, asunto C-472/13, punto 80; Conclusiones del AG Yves Bot, presentadas el 19 de abril de 2012, *Y y Z*, asuntos acumulados C-71/11 y C-99/11, punto 98.

²⁰⁸ STJUE de 26 de febrero de 2015, *Shepherd*, asunto C-472/13, apdo. 54.

En segundo lugar, en relación a los “procesamientos o penas por la negativa a cumplir el servicio militar”, estos sólo pueden considerarse como acto de persecución si la negativa por parte del solicitante de refugio a cumplir un servicio militar es el único medio que tiene para evitar su participación, es decir, si no existen otros medios²⁰⁹. En estos casos existen otras medidas para oponerse al servicio militar, como es la obtención del estatuto de objetor de conciencia.

En el marco del CEDH, aunque el art. 9 (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión) no hace referencia expresa al derecho a la objeción de conciencia, el TEDH mantiene que la oposición al servicio militar es una convicción o creencia lo suficientemente seria, cohesionada e importante para ser salvaguardada por dicho artículo. La protección ofrecida por el art. 9 ampara la objeción de conciencia al servicio militar cuando está motivada por un conflicto serio e insalvable entre la obligación de servir en el ejército y la conciencia de una persona, sus creencias religiosas o de otra índole, es profunda y genuina²¹⁰.

Así, en el DUE, únicamente cuando el solicitante del estatuto de refugiado demuestra que, en su situación particular, no puede tener acceso al procedimiento que le permite obtener el estatuto de objetor de conciencia u otros procedimientos afines, su oposición al servicio militar está dentro del ámbito de los actos de persecución por los que cabe el reconocimiento del estatuto de refugiado²¹¹.

Se pone así de relieve cómo la jurisprudencia del TEDH y el TJUE se complementan mutuamente a la hora de ofrecer protección al individuo. Mientras que el TEDH protege al objetor de conciencia al servicio militar en el marco del art. 9 del CEDH, el TJUE, en desarrollo de la Convención de Ginebra, concede protección frente al Estado de origen, mediante el estatuto de refugiado, al solicitante que alega la oposición al servicio militar por no poder acogerse al estatuto de objetor de conciencia. La protección al solicitante mediante el estatuto de refugiado se deberá conceder cuando se dé alguno de los motivos de persecución.

²⁰⁹ STJUE de 26 de febrero de 2015, *Shepherd*, asunto C-472/13, apdo. 44.

²¹⁰ La cuestión de si y en qué medida, la objeción al servicio militar puede entrar en el ámbito de aplicación del art. 9 del CEDH, es algo que debe apreciarse a la luz de las circunstancias concretas del caso; STEDH de 7 de julio de 2011, *Bayatyan c. Armenia*, demanda n. 23459/03, apdo. 110.

²¹¹ STEDH de 26 de febrero de 2015, *Shepherd*, asunto C-472/13, apdo. 45.

3.2. Los motivos de persecución

Cuando las autoridades nacionales competentes evalúan los temores de un solicitante del estatuto de refugiado a ser perseguido por los actos descritos en el epígrafe anterior, deben determinar si las circunstancias acreditadas constituyen o no una amenaza de una entidad suficiente, como para creer que el solicitante alberga un temor fundado de ser perseguido de conformidad con su situación personal. Esta evaluación requiere en todos los casos atención y prudencia, dado que están en juego cuestiones relacionadas con la integridad de las personas y sus libertades individuales, fundamento de los valores de la UE²¹².

Los motivos de persecución establecidos en el art. 10 de la Directiva de Reconocimiento son los mismos que recoge el art. 1, A.2). de la Convención de Ginebra, es decir, la raza, la religión, la nacionalidad, la pertenencia a un determinado grupo social y las opiniones políticas. Se trata de términos muy amplios e indeterminados. Aunque el art. 10 de la Directiva incluye algunos elementos a tener en cuenta a la hora de interpretar tales conceptos. Hasta el momento, el TJUE solo ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto a dos de los motivos: los relativos a la religión y a la pertenencia a un determinado grupo social.

3.2.1. La persecución por motivos de índole religiosa

La persecución por causas relacionadas con la religión es un motivo de persecución por el que cabe la protección mediante el estatuto de refugiado²¹³. En este sentido, el art. 10.1, letra b) aclara que el concepto de religión:

“comprenderá, en particular, la profesión de creencias teístas, no teístas y ateas, la participación o la abstención de participar en cultos formales en privado o en público, ya sea individualmente o en comunidad, así como otros actos o expresiones de opinión de carácter religioso, o formas de conducta personal o comunitaria basadas en cualquier creencia religiosa u ordenadas por esta”.

²¹² STJUE de 5 de septiembre de 2012, *Y y Z*, asuntos acumulados C-71/11 y C-99/11, apdo. 77; STJUE de 2 de marzo de 2010, *Salahadin Abdulla y otros*, asuntos acumulados C-175/08, C-176/08, C-178/08 y C-179/08, apdo. 90.

²¹³ ACNUR considera que las solicitudes de asilo por motivos religiosos son las más complejas, debido a que cada uno de los actos religiosos conlleva una importancia determinada según los preceptos de la religión de que se trate y, dentro de una misma comunidad, según la personalidad de cada sujeto; ACNUR, “Directrices sobre protección internacional n. 6: Solicitudes de Asilo Por Motivos Religiosos Bajo el Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 Sobre el Estatuto de los Refugiados”, HCR/GIP/04/06, de 28 de abril de 2004, pár. 12.

Asimismo, en ocasiones la persecución por motivos religiosos puede revertir en una vulneración de la libertad religiosa, derecho reconocido en el art. 9 del CEDH. En el marco de la expulsión, cabe plantearse hasta qué punto el deber de un Estado de proteger el derecho a la libertad religiosa de un sujeto que se encuentra bajo su jurisdicción impide su expulsión a un tercer Estado en el que tal derecho se vería vulnerado.

De acuerdo con el art. 9 del CEDH que regula la libertad de pensamiento, conciencia y religión, este derecho implica “la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos” (art. 9.1 del CEDH). El TEDH sostiene que, si bien la libertad religiosa es ante todo un asunto de conciencia individual, también afecta a otras vertientes como es la libertad de manifestar la propia religión, ya no solo dentro de la comunidad con la que se comparte la misma creencia, sino también en privado y frente a todos²¹⁴.

Más en concreto, *Z. y T. c. Reino Unido* atañe a dos demandantes de origen pakistaní ubicados en Reino Unido. Los demandantes alegan que, en el caso de ser expulsados a su Estado de origen no podrán vivir como cristianos sin sufrir un riesgo de recibir tratos contrarios al art. 3 del CEDH debido a la situación imperante en Pakistán, mayoritariamente de creencia islámica. Según el Reino Unido, la persecución por esta razón puede evitarse si los demandantes toman medidas tendentes a ocultar su religión. Los demandantes sostienen que hacerles modificar su conducta ocultando su adhesión al cristianismo y renunciando a la posibilidad profesar su fe para evitar un acto hostil hacia ellos, es negar el derecho *per se*²¹⁵.

El TEDH mantiene el carácter absoluto que reviste la prohibición prevista en el art. 3 del CEDH y su consideración como una norma aceptada internacionalmente debido a la naturaleza grave e irreparable del daño causado (Capítulo III.2.). Empero, el carácter

²¹⁴ STEDH de 15 de enero de 2013, *Eweida y otros c. Reino Unido*, demandas nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10, pág. 80; STEDH de 25 de mayo de 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, demanda n. 14307/88, pág. 31. En algunas ocasiones el TEDH sostiene que si una persona puede tomar medidas para eludir una limitación de su libertad para manifestar la religión o las creencias, no hay interferencia con el art. 9.1, y, por consiguiente, la limitación no requiere ser justificada de conformidad con el art. 9.2. Véase en este sentido, STEDH de 27 de junio de 2000, *Cha'are Shalom ve Tsedek c. Francia*, demanda n. 27417/95, págs. 80 y 82. El TEDH no aplica, en cambio, este enfoque a las sanciones laborales impuestas a los individuos como resultado del ejercicio de otros derechos protegidos por el CEDH como, por ejemplo, el derecho al respeto de la vida privada conforme al art. 8 o; el derecho a la libertad de expresión conforme al art. 10; STEDH de 27 de septiembre de 1999, *Smith y Grady c. Reino Unido*, demandas nos. 33985/96 y 33986/96, pág. 71.

²¹⁵ STEDH de 28 de febrero de 2006 (decisión de admisibilidad), *Z. y T. c. Reino Unido*, demanda n. 27034/05.

absoluto del art. 3 del CEDH no es de aplicación, de manera automática, a otras disposiciones del CEDH²¹⁶, como por ejemplo el art. 9 del CEDH (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión). En este sentido, no puede exigirse a los EP que expulsen a los extranjeros solo a terceros Estados en los que las condiciones sean plenamente compatibles con los derechos y libertades establecidos en el CEDH. No obstante, los EP tienen obligaciones con respecto a otras jurisdicciones, impuestas de manera diversa a tenor de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y los arts. 2 y 3 del CEDH²¹⁷.

Según el TEDH los EP deben ofrecer una protección a aquellas personas que tienen temores fundados de sufrir persecución por razones de índole religiosa únicamente cuando la persecución por estos motivos tiene como consecuencia la muerte; el riesgo real de tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes; la denegación de un juicio justo; o la detención arbitraria por su afiliación religiosa. Estos supuestos son diferentes, y así deben ser valorados por las autoridades competentes de los EM, a aquellos que acontecen cuando un extranjero afirma que su regreso a su Estado de origen conlleva la frustración de su culto religioso de una manera que no llegue a niveles prohibidos por el art. 9 del CEDH. En este sentido, el TEDH considera que no se le puede imponer a los EP una obligación efectiva de actuar como garantes indirectos de la libertad de culto. Para el TEDH la libertad de manifestar la fe no tiene carácter absoluto, por lo que no protege cualquier acto basado en la religión y no garantiza el derecho a comportarse siempre de la manera que dicta determinada convicción religiosa²¹⁸. Por tanto, se exige una violación

²¹⁶ La libertad religiosa se encuentra entre los derechos del CEDH susceptible de limitación, siempre y cuando dicha limitación constituya una suerte de mal menor para garantizar la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros; FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., “La concesión del estatuto de refugiado debido al riesgo de ser perseguido por motivos religiosos. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de septiembre de 2012, en el asunto Y y Z”, *RGDE*, vol. 31, 2013, 1-20, pp. 12 y 13.

²¹⁷ STEDH de 28 de febrero de 2006 (decisión de admisibilidad), *Z. y T. c. Reino Unido*, demanda n. 27034/05. En este sentido, STEDH de 22 de junio de 2004, *F. c. Reino Unido*, demanda n. 17341/03; STEDH de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, demanda n. 14038/88, p. 86.

²¹⁸ STEDH de 10 de noviembre de 2005, *Leyla Şahin c. Turquía*, demanda n. 44774/98, p. 105. El TEDH considera que, si un tercer Estado prohíbe una religión, pero ello no conlleva ninguna medida de persecución, procesamiento, privación de libertad o malos tratos, el TEDH puede vacilar sobre si el CEDH puede obligar a un EP a proporcionar a los partidarios de una determinada creencia la posibilidad de perseguir esa religión de manera libre y manifiesta en sus propios territorios. No obstante, el Tribunal no descarta con ello con la posibilidad de que la responsabilidad del EP pueda verse comprometida en virtud del art. 9 del CEDH en el caso de que el nacional del tercer Estado en cuestión corra un riesgo real de violación flagrante de dicho precepto en ese tercer Estado; STEDH de 28 de febrero de 2006 (decisión de admisibilidad), *Z. y T. c. Reino Unido*, demanda n. 27034/05.

lo suficientemente flagrante del art. 9 del CEDH para que pueda implicar una violación del art. 3 del CEDH en caso de expulsión²¹⁹.

En el marco del DUE, el derecho a la libertad religiosa se encuentra recogido en el art. 10.1 de la CDFUE en los mismos términos que el art. 9.1 del CEDH. Por consiguiente, de conformidad con el art. 52.3 de la CDFUE, el sentido y el alcance de esa libertad debe delimitarse de conformidad con la jurisprudencia del TEDH²²⁰.

El TJUE se ha pronunciado en asuntos en los que el demandante alega su derecho a la libertad religiosa como motivo de persecución. Para este órgano judicial la libertad de religión constituye uno de los pilares de una sociedad democrática, además de un DH fundamental. Asimismo, la injerencia en el derecho a la libertad de religión puede ser de tal gravedad como para equipararla a los casos contemplados en el art. 15.2 del CEDH (derechos inderogables), a los que se remite la Directiva de Reconocimiento con carácter indicativo para determinar los actos que deben considerarse una persecución²²¹. En *Y. y Z.*, en el que se plantea un supuesto de hecho muy parecido al de *Z. y T. c. Reino Unido*, al que se acaba de hacer mención. En concreto, los demandantes alegan que si regresan a Pakistán no pueden seguir practicando su religión en público sin exponerse a un riesgo de persecución²²². En este caso el TJUE manifiesta que:

“el temor del solicitante a ser perseguido será un temor fundado cuando las autoridades competentes, teniendo en cuenta las circunstancias personales del solicitante, estimen razonable pensar que, al regresar a su país de origen, éste practicará actos religiosos que le expondrán a un riesgo real de persecución. Al llevar a cabo la evaluación individual de una solicitud para obtener el estatuto de refugiado,

²¹⁹ Algún autor considera que cuando la persecución fundada en motivos religiosos acaba por afectar a la libertad religiosa del individuo, al no constituirse este derecho como parte del núcleo duro de los DDHH, para que la vulneración pueda considerarse como una causa o motivo de persecución se necesita un cierto grado de reiteración; CHERUBINI, F., *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione Europea*, Cacucci Editore, Bari, 2012, p. 213.

²²⁰ En este sentido, STJUE de 22 de diciembre de 2010, *DEB*, asunto C-279/09, apdo. 35.

²²¹ STJUE de 7 de noviembre de 2013, *X. y otros*, asunto C-199/12 a C-201/12, apdo. 57.

²²² En concreto, los demandantes, *Y* y *Z*, nacionales de Pakistán, solicitan refugio en Alemania por su pertenencia a un movimiento reformador del islam, motivo por el que habían sido agredidos y amenazados de muerte. El órgano competente alemán les deniega la solicitud ya que estima que no concurren los requisitos para poder concederles el estatuto de refugiado, por lo que podían ser expulsados a Pakistán. Aunque los demandantes recurren la decisión es desestimada. Aunque el órgano nacional que inadmite el recurso constata que los demandantes están muy apegados a su fe y la viven activamente, considera que la no manifestación de su práctica religiosa en público no menoscaba el contenido esencial de su libertad de religión; STJUE de 5 de septiembre de 2012, *Y* y *Z*, asuntos acumulados C-71/11 y C-99/11, apdos. 29 a 42.

tales autoridades no pueden esperar razonablemente que el solicitante renuncie a esos actos religiosos”²²³.

Por tanto, el TJUE sigue la jurisprudencia establecida por el TEDH en *Z. y T. c. Reino Unido*, fundamentalmente por tres motivos. En primer lugar, porque la concesión del estatuto de refugiado por motivos religiosos se ve influenciada por la interpretación del concepto de “libertad religiosa” llevada a cabo por el TEDH²²⁴.

En segundo lugar, porque el tribunal de Luxemburgo defiende una protección práctica y eficaz de los derechos del extranjero, sin exigir a este que renuncie al ejercicio de un determinado derecho con el fin de evitar el riesgo de persecución, tal y como hace el TEDH en *Z. y T. c. Reino Unido*²²⁵. La jurisprudencia del TJUE en relación a la concesión del estatuto de refugiado por cuestiones de índole religiosa puede extrapolarse a los otros motivos de persecución previstos en el art. 10 de la Directiva de Reconocimiento. A este respecto, la valoración del riesgo de persecución por motivo de raza, religión, nacionalidad, grupo social u opinión política se basa en una evaluación concreta de los hechos y circunstancias. Teniendo en cuenta los factores establecidos en el art. 4 de la Directiva de Reconocimiento. Ninguno de estos factores deja entrever la posibilidad de que el solicitante deba evitar el riesgo de persecución mediante el enmascaramiento de su pertenencia a una determinada raza, religión, nacionalidad, grupo social u opinión política. Como señala el AG, Yves Bot.:

“la persecución no deja de ser persecución por el hecho de que la persona, al regresar a su país de origen, pueda actuar con moderación y discreción en el ejercicio

²²³ STJUE de 5 de septiembre de 2012, *Y y Z*, asuntos acumulados C-71/11 y C-99/11, apdo. 81. Esta línea jurisprudencial secunda lo establecido por ACNUR, quien sustenta que: “la identidad o forma de vida pueden ser consideradas características tan fundamentales para la «identidad» humana que uno no debería ser obligado a esconder, cambiar o renunciar a ellas con el objeto de evitar la persecución”; ACNUR, “Directrices sobre Protección Internacional. Solicitudes de asilo por motivos religiosos bajo el Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados”, HCR/GIP/04/06, de 28 de abril de 2004, p. 13.

²²⁴ En este sentido, FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., “La concesión del estatuto de refugiado debido al riesgo de ser perseguido por motivos religiosos. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de septiembre de 2012, en el asunto *Y y Z*”, *RGDE*, vol. 31, 2013, 1-20, p. 3. Este autor señala que este pronunciamiento pone de manifiesto que el motivo que puede llevar a la concesión del estatuto de refugiado en este sentido, ya no es la limitación de la libertad religiosa, sino los actos que se llevan a cabo para impedir dicho ejercicio. Tales actos, son los que verdaderamente pueden constituir un acto de persecución en el sentido del art. 9 de la Directiva de Reconocimiento.

²²⁵ En la jurisprudencia del TEDH, entre otros, STEDH de 24 de enero de 2017, *Khamtokhu y Aksenchik c. Rusia*, demandas nos. nos. 60367/08 y 961/11, p. 30; STEDH de 23 de marzo de 2016, *F.G. c. Suecia*, demanda n. 43611/11, p. 108; STEDH de 4 de diciembre de 2015, *Roman Zakharov c. Rusia*, demanda n. 47143/06, p. 288; STEDH de 12 de septiembre de 2012, *Nada c. Suiza*, demanda n. 10593/08, p. 195.

de sus derechos y libertades [...] Si ello fuera así, la Directiva carecería de efecto útil, ya que no permitiría proteger a las personas que, al optar por ejercer sus derechos y libertades en su país de origen, se exponen a actos de persecución”²²⁶.

En tercer lugar, al igual que el tribunal de Estrasburgo, el TJUE sostiene que no toda expresión de la libertad de religión es protegida por el DUE. El estatuto de refugiado no protege cualquier menoscabo del derecho a la libertad religiosa. El TJUE afirma que “los actos que pueden constituir una «violación grave», en el sentido del artículo 9.1, letra a), de la Directiva, son actos graves que menoscaban la libertad del solicitante no sólo de practicar su creencia en un ámbito privado, sino también de vivirla de manera pública”²²⁷. Por tanto, es la gravedad de las medidas y de las sanciones adoptadas o que puedan adoptarse contra el extranjero por ejercer determinadas actividades religiosas lo que determina si una violación del derecho a la libertad religiosa constituye una persecución de conformidad con citado art. 9.1.

3.2.2. La persecución por la pertenencia a un determinado grupo social: el concepto de grupo por razón de la orientación sexual

Otro de los motivos de persecución que recoge el art. 10 de la Directiva de Reconocimiento es la pertenencia a un “determinado grupo social”. La letra d) del art. 10.1 de la Directiva de Reconocimiento establece que, a la hora de valorar los motivos de persecución, los EM tendrán en cuenta que la persona solicitante forme parte de un “determinado grupo social”.

De conformidad con el art. 10.1, letra d) de la Directiva de Reconocimiento, la AG considera que un colectivo constituye un “determinado grupo social” cuando se dan dos requisitos acumulativos. En primer lugar, que los miembros del grupo compartan una característica innata o unos antecedentes comunes que no puedan cambiarse, o bien compartan una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad que no se les puede exigir que renuncien a ella²²⁸. En segundo lugar, que dicho grupo posea

²²⁶ Conclusiones del AG Yves Bot, presentadas el 19 de abril de 2012, *Y y Z*, asuntos acumulados C-71/11 y C-99/11, punto 104.

²²⁷ STJUE de 5 de septiembre de 2012, *Y y Z*, asuntos acumulados C-71/11 y C-99/11, apdo. 63.

²²⁸ Pese a la exigencia de que el grupo deba compartir una característica en común, no es necesario demostrar que cada miembro de un grupo corre el riesgo de ser perseguido para establecer la existencia de un determinado grupo social. Esta tarea le corresponde al solicitante de refugio, quien sí debe demostrar que su temor a ser perseguido deriva de su pertenencia al grupo; ALENIKOFF, T.A., “Las características protegidas y las percepciones sociales: un análisis del significado de «pertenencia a un determinado grupo social»”, en FELLER E., TÜRK, V. y NICHOLSON, F. (Eds.), *Protección de los refugiados en el derecho*

una identidad diferenciada en el tercer Estado en cuestión por ser percibido como diferente por la sociedad que lo rodea. Además, de acuerdo con el art. 10.2 en el caso de que un solicitante no cumpla estos dos requisitos, pero sea percibido como integrante de un determinado grupo social por parte del agente de persecución, también será objeto de protección a estos efectos²²⁹.

El art. 10.1, letra d) añade que, en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, puede incluirse en el concepto de “grupo social determinado” un grupo basado en una característica común de orientación sexual²³⁰. Como desarrollo a lo previsto en

internacional. Consultas globales de ACNUR sobre Protección Internacional, Icaria Editorial, Barcelona, 2010, 289- 346, p. 342.

²²⁹ A este respecto véanse las Conclusiones de la AG Eleanor Sharpston, presentadas el 17 de julio de 2014, A. y otros, asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13, punto 34.

²³⁰ A diferencia de la Convención de Ginebra que únicamente hace mención a la “pertenencia a determinado grupo social”, la expresión “orientación sexual” es expresamente incorporada a la Directiva de Reconocimiento. Su incorporación puede obedecer a que en el momento en el que la Comisión presenta su propuesta ya comenzaba a reconocerse que las personas pueden verse obligadas a huir de la persecución y buscar protección internacional por razones ligadas a la orientación sexual. Por consiguiente, aunque no fuera un motivo expresamente incluido en la Convención de Ginebra de 1951, si comenzaban a apreciarse estas situaciones en el panorama actual del momento; Conclusiones de la AG Eleanor Sharpston, presentadas el 11 de julio de 2013, X. y otros, asuntos acumulados C-199/12 a C-201/12, punto 33. Las directrices de ACNUR sobre protección internacional en relación con la pertenencia a un determinado grupo social definen este concepto como “un grupo de personas que comparte una característica común distinta al hecho de ser perseguidas o que son percibidas a menudo como grupo por la sociedad. La característica será innata e inmutable, o fundamental de la identidad, la conciencia o el ejercicio de los derechos humanos”. En todo caso, la Convención de Ginebra es un instrumento evolutivo, por lo que esta definición puede incluir tanto las características históricas, que no son posibles cambiar, como aquellas que sí lo son, pero “que no ameritan el cambio debido a que están estrechamente relacionados con la identidad de la persona o que son una expresión de los derechos fundamentales”; ACNUR, “Directrices sobre la Protección Internacional. Pertenencia a un determinado grupo social” en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967”, HCR/GIP/02/02, de 7 de mayo de 2002, pár. 11 y 12. En este sentido, debido a que tanto los derechos fundamentales como el principio de no discriminación son aspectos fundamentales de la Convención de Ginebra de 1951 y el DI de los Refugiados, la definición de refugiado debe interpretarse de acuerdo con la prohibición de discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género tal y como establece ACNUR, “Directrices sobre Protección Internacional n. 9: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967”, HCR/IP/12/09, 23 de octubre de 2012, pár. 6. A este respecto, los Principios de Yogyakarta se ocupan de una amplia gama de normas de DDHH y de su aplicación a las cuestiones relativas a la orientación sexual y la identidad de género. Si bien no tienen efecto legal vinculante sino declarativo, estos principios pueden interpretarse como un reflejo parcial del DI consuetudinario, así como de las obligaciones legales de los Estados en virtud de tratados vinculantes de DDHH. En lo referente al derecho de procurar asilo, el principio 23 establece que: “En caso de persecución, incluida la relacionada con la orientación sexual o la identidad de género, toda persona tiene derecho a procurar asilo, y a obtenerlo en cualquier país. Un Estado no podrá remover, expulsar o extraditar a una persona a ningún Estado en el que esa persona pudiera verse sujeta a temores fundados de sufrir tortura, persecución o cualquier otra forma de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes en base a la orientación sexual o identidad de género”; Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, marzo de 2007. Disponible en: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>

esta disposición. El TJUE, en el asunto *X. y otros*²³¹, en el que los demandantes alegan ser perseguidos por su homosexualidad, penada legalmente en sus respectivos Estados de origen, mantiene que se considera como un “determinado grupo social” a las personas homosexuales que se encuentran o huyen de un determinado país en el que esta condición sexual se encuentra penada por la ley²³².

Los derechos relacionados con la orientación sexual se corresponden con el respeto a la vida privada y familiar de conformidad con el art. 8 del CEDH (Capítulo V), y se recoge en el art. 7 de la CDFUE. Sobre esta base jurídica, los derechos relacionados con la orientación sexual no se enmarcan dentro de los derechos fundamentales que no admiten excepción²³³.

En *X. y otros*, se considera que cuando un solicitante alega que en su Estado de origen existe una legislación que tipifica como delito la homosexualidad, las autoridades nacionales competentes deben valorar tales hechos, de conformidad con el art. 4 de la Directiva de Reconocimiento. En este contexto, conforme al art. 4.3, letra a), las autoridades nacionales competentes deben analizar las circunstancias pertinentes relativas al país de origen, lo que incluye la normativa de este Estado y el modo en el que se aplica. El hecho de que la normativa estatal prevea el internamiento del sujeto por actos homosexuales, conlleva una infracción del art. 8 del CEDH, en relación con el art. 7 de

Universitat d'Alacant

²³¹ Concretamente, el primero de ellos, es originario de Sierra Leona, lugar en el que la homosexualidad conlleva una pena privativa de libertad que puede ir desde los 10 años a la cadena perpetua. El segundo de ellos proviene de Uganda, donde la homosexualidad es definida como “conocimiento carnal contra natura”. Esta connotación de la homosexualidad en Uganda pone de manifiesto la discriminación social del colectivo. Además de castigarse con pena privativa de libertad que puede ascender hasta la cadena perpetua. El tercer solicitante proviene de Senegal, Estado en el que esta condición sexual conlleva la sanción de cárcel por 5 años, además de una sanción pecuniaria de entre 150 y 2.000 euros

²³² En relación a los requisitos para considerar a un colectivo homosexual como un “determinado grupo social”, a los efectos del art. 10.1, letra e), el TJUE manifiesta que: “consta que la orientación sexual de una persona constituye una característica que resulta tan fundamental para su identidad que no se le puede exigir que renuncie a ella. Respecto al segundo requisito: “es preciso reconocer que la existencia de una legislación penal [...] cuyos destinatarios específicos son las personas homosexuales, autoriza a considerar que tales personas constituyen un grupo que es percibido como diferente por la sociedad que lo rodea”; STJUE de 7 de noviembre de 2013, *X. y otros*, asunto C-199/12 a C-201/12, apdos. 46 a 49. Para un análisis en profundidad de este asunto véase, BOLLO AROCENA, M.D., “Sentencia del TJ (Sala Cuarta), de 7 de noviembre de 2013 (asuntos acumulados C-199/12 a C-201/12): ¿auténtico paso hacia la protección de los homosexuales que huyen de países en los que se criminalizan las relaciones consensuadas entre personas adultas del mismo sexo?”, *Unión Europea Aranzadi*, n. 1, 2014, 43-48. En este sentido, el CDH sostiene que los principales tratados internacionales de DDHH no reconocen expresamente el derecho a la igualdad por cuestiones de identidad sexual y/o identidad de género. Si bien, la prohibición de discriminación por estos motivos si se encuentra prohibida por el DIDH; CDH, Observación general n. 18, “No discriminación”, 35º período de sesiones (1989), pág. 7.

²³³ STJUE de 7 de noviembre de 2013, *X. y otros*, asunto C-199/12 a C-201/12, apdo. 54.

la CDFUE. Para el TJUE se trata de una sanción desproporcionada equivalente a un acto de persecución por el que se concede al solicitante el estatuto de refugiado²³⁴.

La mera tipificación como delito de los actos homosexuales no es motivo para considerar este hecho como un acto de persecución. Pero sí se debe considerar que se trata de una sanción desproporcionada o discriminatoria y, en consecuencia, un acto de persecución, “una pena privativa de libertad que reprime los actos homosexuales y que se aplica efectivamente en el país de origen que ha adoptado este tipo de legislación”²³⁵.

En su jurisprudencia el TJUE establece compartimentos estancos entre, por un lado la disposición penal y, por otro lado la sanción que acompaña a esta disposición²³⁶. Esta postura del TJUE, unida a la jurisprudencia mantenida en *Y. y Z.* (epígrafe 3.2.1.), permite valorar que este órgano judicial no tiene tan en consideración el hecho de que el sujeto pueda o no ejercer sus derechos fundamentales con libertad en el Estado de origen, como las consecuencias derivadas del ejercicio de tales derechos. En esta dirección, cabe destacar que el TEDH sostiene que no puede exigirse a los Estados que no expulsen a extranjeros a terceros Estados en los que no pueden disfrutar de manera plenamente compatible con el CEDH de los derechos reconocidos en este último Convenio (epígrafe 3.2.1.).

En suma, los EM deberán abstenerse de ejecutar la expulsión cuando la represión en el ejercicio de los derechos fundamentales del solicitante de refugio tenga como resultado una violación flagrante de alguno de los derechos pertenecientes al denominado “núcleo duro” de los DDHH; como es el derecho a la vida (Capítulo II) o la prohibición de sufrir torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes (Capítulo III).

3.3. Las causas de cese del estatuto de refugiado

La Directiva de Reconocimiento, en una reproducción casi literal de los motivos que recoge el art. 1, sección C, de la Convención de Ginebra, establece cinco supuestos que

²³⁴ STJUE de 7 de noviembre de 2013, *X. y otros*, asunto C-199/12 a C-201/12, apdos. 55 a 60.

²³⁵ STJUE de 7 de noviembre de 2013, *X. y otros*, asunto C-199/12 a C-201/12, apdo. 61. El TS confirma en su jurisprudencia que: “el mero hecho de ser homosexual, por sí solo, no constituye motivo de asilo”. Por consiguiente, aunque en el Estado de origen del solicitante se castiguen las conductas homosexuales, pero se vaya apuntando hacia una paulatina tolerancia hacia esas prácticas, no cabe considerar que el mero hecho de tener esa tendencia genere una persecución que dé lugar al reconocimiento de refugiado; STS 6142/2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), recurso n. 5265/2005, de 28 de noviembre de 2008, F.J. 4.º.

²³⁶ En este sentido, TAYLOR, A., “The CJEU as an Asylum Court: what role for human security discourses in the interpretation of persecution in the Qualification Directive?”, en MATERA, C., TAYLOR, A. (Eds.), *The common european asylum system and human rights: enhancing protection in times of emergencies*, Centre for the law of EU external relations Working Papers 2014/7, The Netherlands, 77-92, p. 85.

determinan cuándo un nacional de un tercer Estado o un apátrida deja de ser refugiado y, por consiguiente, debe ser desprovisto de dicho estatuto²³⁷. Entre estos motivos, el TJUE solo ha tenido ocasión de pronunciarse hasta la fecha sobre los supuestos que plantean la pérdida del estatuto de refugiado cuando hayan desaparecido las causas en virtud de las cuales le fue reconocido el estatuto. No resulta baladí poner de relieve que, cuando un extranjero es desprovisto del estatuto de refugiado por la aparición de una de las causas de cese, su situación deja de estar regida por la Directiva 2011/95/UE, por lo que podrá ser objeto de expulsión de conformidad con el régimen previsto en la ya citada Directiva 2008/115/CE (Capítulo VII.2.2.).

El art. 11.1, letra e) de la Directiva de Reconocimiento establece que el cese del estatuto de refugiado se da cuando desaparecen los motivos que dieron lugar a esta protección. En este sentido, se aprecia una relación de causalidad entre el cambio de circunstancias imperantes en el Estado de origen y la imposibilidad de que el refugiado persista en su negativa de acogerse a la protección de su Estado de origen, al dejar de estar fundamentado su temor inicial de persecución²³⁸.

En *Salahadin Abdulla y otros* los demandantes en los litigios principales, nacionales de Iraq, llevaban disfrutando del estatuto de refugiado en Alemania durante tres años hasta que el Servicio federal de migración y refugiados alemán decidió revocar los estatus habida cuenta de la evolución de la situación en Iraq. En estos casos, a tenor de lo dispuesto en el art. 11.2 de la citada Directiva de Reconocimiento, el cambio de circunstancias imperantes en el Estado de origen debe ser lo suficientemente significativo y no de carácter temporal. Esto es, deben haber desaparecido los motivos que, en su momento, desencadenaron los fundados temores por los que al extranjero le fue concedido el estatuto de refugiado. Por tanto, los cambios transitorios relacionados con los temores del refugiado, que no sean relevantes, no son suficientes para la aplicación de

²³⁷ A tenor del art. 11.1 de la Directiva de Reconocimiento “los nacionales de terceros países y los apátridas dejarán de ser refugiados en caso de que: a) se hayan acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad, o; b) habiendo perdido su nacionalidad, la hayan recobrado voluntariamente, o; c) hayan adquirido una nueva nacionalidad y disfruten de la protección del país de su nueva nacionalidad, o; d) se hayan establecido de nuevo, voluntariamente, en el país que habían abandonado o fuera del cual habían permanecido por temor de ser perseguidos, o; e) ya no puedan continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fueron reconocidos como refugiados; f) no teniendo nacionalidad, puedan regresar al país de su anterior residencia habitual por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fueron reconocidos como refugiados”. En la normativa española estas causas se encuentran recogidas en los arts. 42 y 43 de la Ley 12/2009.

²³⁸ STJUE de 2 de marzo de 2010, *Salahadin Abdulla y otros*, asuntos acumulados C-175/08, C-176/08, C-178/08 y C-179/08, apdo. 66

la cláusula de exclusión²³⁹. En síntesis, las condiciones reinantes en el Estado de origen del refugiado en el momento de decidir el cese del estatuto deben permitir valorar que el refugiado no va a volver a enfrentarse, al menos en un futuro inmediato, a una situación de peligro meritoria de la protección que confiere el estatuto de refugiado²⁴⁰.

El concepto de refugiado exige que el solicitante no pueda, o por dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su Estado de origen. Por consiguiente, si dicha protección se (re)establece en el Estado de origen, el refugiado no puede negarse a acogerse a la protección que le proporciona el país de su nacionalidad. Las circunstancias que permiten esclarecer la capacidad o incapacidad del Estado de origen de garantizar protección a sus nacionales frente a los actos de persecución “constituyen un elemento decisivo de valoración conducente a la concesión del estatuto de refugiado o, por el contrario, al cese de tal estatuto”²⁴¹. Para valorar que las autoridades del Estado de destino pueden ofrecer protección al refugiado contra los actos de persecución, los EM deben apreciar las condiciones de funcionamiento de las instituciones, administraciones y fuerzas de seguridad. Así como la operatividad de todos los grupos o entidades del tercer Estado que, por acción u omisión, puedan ser germen originario de persecución contra la persona beneficiaria del estatuto de refugiado en el caso de regresar a su Estado de origen²⁴². Por consiguiente, no solo se exige que el Estado de origen pueda proteger al sujeto de las causas de su persecución, sino que se reclama un sistema proteccionista que albergue cierta efectividad y accesibilidad.

Conviene destacar que la Directiva de Reconocimiento no prevé la protección que necesita una persona por ayuda humanitaria; por ello no hay jurisprudencia del TJUE en

²³⁹ Como mantiene ACNUR, la condición de refugiado no debe verse sujeta a frecuentes revisiones, mermando con ello el sentimiento de seguridad que proporciona esta clase de protección internacional; ACNUR, “Manual y directrices sobre 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”, HCR/1P/4/ENG/REV. 3, diciembre de 2011, pág. 135.

²⁴⁰ El contexto descrito se refiere al supuesto en el que el extranjero ve cesado el estatuto de refugiado debido a que la causa por la que le fué concedido desaparece. Ello no es óbice para que concurren otros motivos de persecución distintos.

²⁴¹ STJUE de 2 de marzo de 2010, *Salahadin Abdulla y otros*, asuntos acumulados C-175/08, C-176/08, C-178/08 y C-179/08, apdo. 68. El art. 7.2 de la Directiva de Reconocimiento establece la necesidad de que las autoridades competentes verifiquen si los agentes de protección del Estado de origen pueden proteger a sus nacionales de la persecución o el sufrimiento de daños graves. Esto es, si disponen de un sistema jurídico eficaz para la investigación, el procesamiento y la sanción de acciones constitutivas de persecución o de daños graves, a los que tener acceso el solicitante.

²⁴² Dicha valoración deberá, además, llevarse a cabo de conformidad con el art. 4.3 de la Directiva de Reconocimiento, precepto que bajo el título “valoración de hechos y circunstancias” recoge la necesidad de observar la legislación y la reglamentación del país de origen y en qué medida se garantizan los DDHH fundamentales en ese Estado; STJUE de 2 de marzo de 2010, *Salahadin Abdulla y otros*, asuntos acumulados C-175/08, C-176/08, C-178/08 y C-179/08, apdo. 71.

relación a este tipo de protección (epígrafe 2.2.1.). Si bien, el AG, Ján Mazák, mantiene que las condiciones de vida generales y la disponibilidad de un mínimo de subsistencia en el Estado de origen del refugiado pueden servir para apreciar la existencia de una estructura organizativa y de medios, así como para poner de manifiesto un cambio en las circunstancias reinantes en dicho Estado²⁴³. Este planteamiento merece una valoración positiva, dado que no es habitual que un Estado sin un nivel mínimo de recursos pueda tener una estructura organizativa que cumpla las exigencias relativas a la efectividad de los agentes de protección. La existencia de un nivel de recursos aceptable en un Estado supone, al menos, un indicador de que existe una estructura de Gobierno de cierta efectividad que proteja al extranjero respecto de los motivos de persecución por los que le ha sido concedido el estatuto de refugiado.

3.4. Las causas de exclusión del estatuto de refugiado

Cuando la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados fue redactada, todavía se encontraba presente el recuerdo de los crímenes cometidos durante la II Guerra Mundial, así como los juicios de Núremberg. Por ello los Estados estuvieron de acuerdo en que los criminales de guerra no merecían ser reconocidos como refugiados. De este modo no se podrían amparar en la protección conferida por el DI de los Refugiados y evadir, de este modo, la acción de la justicia²⁴⁴. En aquella época los Estados tampoco eran proclives a admitir en su territorio a personas que habían participado en tales crímenes por ser considerados como un peligro para la seguridad nacional. En el art. 1, letras d), e) y f) de la Convención de Ginebra se incluyen disposiciones que prevén cláusulas de exclusión con el fin de que la Convención no sea de aplicación a determinados grupos de personas²⁴⁵. Por tanto, las cláusulas de exclusión constituyen una excepción al derecho de refugio.

²⁴³ Conclusiones del AG Ján Mazák, presentadas el 15 de septiembre de 2009, *Salahadin Abdulla y otros*, asuntos acumulados C-175/08, C-176/08, C-178/08 y C-179/08, punto 63.

²⁴⁴ ACNUR, “Manual y directrices sobre 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”, HCR/1P/4/ENG/REV. 3, diciembre de 2011, p. 148.

²⁴⁵ MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., “La Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados”, en BALADO RUIZ-GALLEGOS, M. (Coord.), *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Editorial Bosch, Barcelona, 2008, 711-730, p. 720. El Comité Ejecutivo de ACNUR, en sus conclusiones sobre la salvaguardia del derecho de asilo adujo la necesidad de “aplicar escrupulosamente las cláusulas de exclusión enunciadas en el párr. F del artículo 2 de la Convención de 1951 y otros instrumentos internacionales pertinentes y de asegurar que no se menoscabe la integridad de la institución del asilo haciendo extensiva su protección a las personas que no tengan derecho a obtenerla”; ACNUR, Conclusión sobre la salvaguarda de la Institución del Asilo, n. 82 (XLVIII), 1997. En concreto la letra d) dispone que: “esta Convención no será aplicable a las personas que reciban actualmente protección o

El art. 12 de la Directiva de Reconocimiento reproduce las cláusulas de exclusión previstas en la Convención de 1951. Estas cláusulas establecen los casos por los que un extranjero o un apátrida quedan excluidos de ser refugiados aun cuando cumplan los requisitos necesarios para ello; por consiguiente, constituyen límites a la aplicación de una norma humanitaria²⁴⁶. En consecuencia, las cláusulas de exclusión tienen una naturaleza excepcional cuya interpretación debe ser restrictiva, conforme a lo establecido en el art. 31 del CVDT²⁴⁷ y la jurisprudencia, a este respecto, de la CIJ²⁴⁸.

Las cuestiones prejudiciales relacionadas con los motivos de exclusión que se han planteado, han servido para que el TJUE pueda establecer criterios que permitan armonizar la práctica de los EM en este ámbito. En los siguientes epígrafes 3.4.1. y 3.4.2. se abordan dos supuestos relativos a la exclusión de extranjeros que reciben protección o asistencia de un órgano u organismo de las NU distinto de ACNUR, y a la exclusión por la comisión de delitos antes de la solicitud del estatuto de refugiado.

asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Cuando esta protección o asistencia haya cesado por cualquier motivo, sin que la suerte de tales personas se haya solucionado definitivamente con arreglo a las resoluciones aprobadas sobre el particular por la Asamblea General de las Naciones Unidas, esas personas tendrán ipso facto derecho a los beneficios del régimen de esta Convención”. La letra e) establece que: “esta Convención no será aplicable a las personas a quienes las autoridades competentes del país donde hayan fijado su residencia reconozcan los derechos y obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país. La letra f) determina que: “las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar: a) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos; b) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada; c) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas”.

²⁴⁶ Conclusiones de la AG Eleanor Sharpston, presentadas el 31 de mayo de 2016, *Mostafa Lounani*, asunto C-573/14, punto 33; Conclusiones del AG Paolo Mengozzi, presentadas el 1 de junio de 2010, *B. y D.*, asuntos acumulados C-57/09 y C-101/09, punto 46. La doctrina mantiene que la cautela a la hora de aplicar la cláusula de exclusión obedece a las potencialmente graves consecuencias que conlleva la exclusión del estatuto de refugiado a una persona que cumple los requisitos para ser merecedora de este estatuto; GILBERT, G., “Temas de actualidad en la aplicación de las cláusulas de exclusión”, en FELLER E., TÜRK, V. y NICHOLSON, F. (Eds.), *Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas globales de ACNUR sobre Protección Internacional*, Icaria Editorial, Barcelona, 2010, 467-537, p. 530.

²⁴⁷ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969 (BOE n. 142, de 13 de junio de 1980).

²⁴⁸ Esta causa de exclusión es una excepción al principio general de protección que la Convención de Ginebra aplica a todas las personas que cumplen los criterios para ser beneficiarias del estatuto de refugiado. Se entiende que es una excepción, porque dentro del colectivo de personas que se adentran en el ámbito subjetivo de aplicación de una norma con carácter internacional, excluye a un sector concreto. En concordancia con ello, los supuestos que se identifican con esta excepción deben de ser interpretados de forma restrictiva. De acuerdo con el art. 31 del CVDT, un tratado debe interpretarse de buena fe de acuerdo con el sentido corriente que se debe dar a sus términos en su contexto y a la luz de su objeto y propósito. La interpretación debe basarse sobre todo en el texto del tratado. En consecuencia, los órganos jurisdiccionales internacionales han desarrollado, por lo general, una práctica tendente a hacer de la excepción una interpretación estricta, para de este modo favorecer la finalidad y los objetivos de los tratados objeto de interpretación. Véase en la jurisprudencia de la CIJ, *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, Judgment, 1. C. J. Reports 1994, p. 6, p. 41.

3.4.1. La exclusión de extranjeros que reciben protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto de ACNUR

Según el art. 12.1, letra a) de la Directiva 2011/95/UE, quedarán excluidos de ser refugiados aquellos extranjeros que:

“estén comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 1, sección D, de la Convención de Ginebra en lo relativo a la protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Cuando esta protección o asistencia haya cesado por cualquier motivo, sin que la suerte de tales personas se haya solucionado definitivamente con arreglo a las resoluciones aprobadas sobre el particular por la asamblea general de las Naciones Unidas, esas personas tendrán, ipso facto, derecho a los beneficios del régimen de la presente Directiva”.

Como pone de manifiesto ACNUR, cuando se adopta la Convención de Ginebra, este instrumento está especialmente pensado para ofrecer protección a los palestinos. Por ello, la alusión a “la asistencia de órganos u organismos de NU distintos del ACNUR” se refiere al Organismo de Obras Públicas y Socorro de las NU para los Refugiados de Palestina en el Cercano Oriente (OPPS)²⁴⁹. Los redactores de la Convención de Ginebra consideraban que los palestinos desplazados que estuvieran recibiendo protección de la OOPS, no podían solicitar el estatuto de refugiado de acuerdo a la Convención, bajo la supervisión de ACNUR²⁵⁰. De cualquier manera, nada hace pensar que se excluyan otras situaciones similares en el futuro en aplicación del art. 12.1, letra a) de la Directiva.

²⁴⁹ ACNUR, “Manual y directrices sobre 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”, HCR/1P/4/ENG/REV. 3, diciembre de 2011, párr. 152. El OPPS fue creado para asistir y proteger a los refugiados de Palestina a raíz del conflicto de 1948 en el que muchos palestinos se convirtieron en desplazados. La Resolución 212 (III) de la AGNU, de 19 de noviembre de 1948 establece el Socorro de las NU a los Refugiados de Palestina, con la finalidad de proporcionar una ayuda temporal inmediata a esas personas. Posteriormente, mediante la Resolución 302 (IV) de la AGNU, de 8 de diciembre de 1949, las NU crearon el Organismo de Obras Públicas y Socorro de las NU para los Refugiados de Palestina en el Cercano Oriente (OOPS), que funcionaría actuando en cinco zonas o áreas de operación: Líbano, la República Árabe Siria, Jordania, Cisjordania (incluida Jerusalén Este) y la Franja de Gaza.

²⁵⁰ Conclusiones de la AG Eleanor Sharpston, presentadas el 4 de marzo de 2010, *Bolbol*, asunto C-31/09, punto 52. Por su parte, ACNUR interpreta que, de esta primera parte del precepto, se deriva una restricción geográfica. Esto se debe a que, retomando el ejemplo de la OOPS, un refugiado palestino que se encuentra fuera de las zonas de operación de la organización, no disfruta de la asistencia mencionada. Por tanto, puede ser considerado como un potencial beneficiario del estatuto de refugiado; ACNUR, “Manual y directrices sobre 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”, HCR/1P/4/ENG/REV. 3, diciembre de 2011, párr. 143.

En la cuestión prejudicial *Bolbol* se plantea si es posible considerar que una persona, por el mero hecho de tener derecho a la protección o asistencia de un organismo de NU, puede encontrarse comprendido en los supuestos del art. 12.1, letra a) de la Directiva 2011/95/UE; o si, por el contrario, es necesario que la protección o asistencia se reciba de manera efectiva. En concreto, en su solicitud, la demandante solicita refugio en Hungría debido al lugar al que pertenece: la Franja de Gaza, en la que se encuentra presente la OOPS. La señora *Bolbol* tiene derecho a ser asistida por la OPPS, si bien en la práctica no goza de protección y asistencia de este organismo. Este desamparo se debe a que, tras abandonar la Franja de Gaza, la señora *Bolbol* entra en Hungría provista de un visado. Una vez en el Estado húngaro, la autoridad nacional competente le concede un permiso de residencia. No obstante, la señora *Bolbol* solicita refugio por si el permiso proporcionado por Hungría no le es renovado²⁵¹.

En esta cuestión prejudicial se le pregunta al TJUE las siguientes cuestiones: ¿cuándo debe entenderse que la persona recibe protección o asistencia de un organismo de las NU distinto del ACNUR? ¿cuándo obtiene efectivamente dicha protección o asistencia, o sólo cuando tiene derecho a ella? El tribunal de Luxemburgo responde que únicamente cuando la protección es efectiva²⁵². Además, añade que entra dentro del ámbito de aplicación del art. 12.1, letra a) de la Directiva 2011/95/UE, tanto la persona que se encuentra recibiendo asistencia de esta organización en el momento de solicitar refugio, como aquellas que han recibido efectivamente asistencia poco antes de la presentación de la solicitud de refugio en el EM. Todo ello siempre y cuando la asistencia por parte del organismo de NU no haya cesado, de conformidad con la segunda parte del art. 12.1, letra a), como se comprobará a continuación²⁵³.

Según el art. 12.1, letra a), si la protección del organismo de NU cesa sin que se haya resuelto definitivamente la situación de las personas a las que ofrece asistencia, estas

²⁵¹ La Sra. *Bolbol* se encuentra bajo una prohibición de expulsión basada, en primer lugar, en que la readmisión de los palestinos es una facultad discrecional de las autoridades israelíes y, en segundo lugar, debido a que la solicitante se vería expuesta al riesgo de torturas o tratos inhumanos y degradantes en la Franja de Gaza debido a las circunstancias de aquel lugar; STJUE de 17 de junio de 2010, *Bolbol*, asunto C- 31/09, apdos. 25 a 30. Para un comentario sobre esta sentencia véase, CARDWELL, P.J., “Determining refugee status under Directive 2004/83: Comment on *Bolbol* (C-31/09)”, *ELR*, n. 1, 2011, 135-145.

²⁵² STJUE de 17 de junio de 2010, *Bolbol*, asunto C- 31/09, pár. 57. Esta postura coincide con la de Reino Unido y con las conclusiones motivadas del AG. Ambos consideran que interpretar la expresión “que reciban actualmente”, como “que tengan derecho a recibir”, supone realizar una lectura sobre algo que el texto no expresa; Conclusiones de la AG Eleanor Sharpston, presentadas el 4 de marzo de 2010, *Bolbol*, asunto C-31/09, punto 73.

²⁵³ STJUE de 19 de diciembre de 2012, *Abed El Karem El Kott*, asunto C-364/11, apdo. 52.

personas tienen, *ipso facto*, derecho a los beneficios del régimen de la Directiva de Reconocimiento. La redacción de esta disposición plantea varios interrogantes.

El primer interrogante es: ¿qué se entiende por cese de la protección o asistencia?²⁵⁴. En coherencia con la efectiva protección que debe proveer el organismo de NU a las personas a las que asiste, la mera ausencia del sujeto de la zona operativa en la que se encuentra el organismo de NU, o la decisión voluntaria de abandonar su área de actuación, no puede calificarse como “cese de la asistencia”. Por el contrario, cuando la decisión del sujeto de ausentarse o abandonar la zona de operaciones del organismo de NU es motivada por una fuerza independiente de la voluntad de la persona, esta circunstancia sí que puede considerarse como un “cese de la asistencia”, de conformidad con la segunda parte del art. 12.1, letra a)²⁵⁵. En *Bolbol*, relativo al caso de los palestinos y la protección ofrecida por la OOPS, el TJUE afirma que se puede entender que un refugiado palestino se ha visto forzado a abandonar la zona operativa de esta organización cuando se encuentra en un estado personal de inseguridad grave y ese organismo no puede asegurarle unas condiciones de vida de conformidad con sus obligaciones²⁵⁶. En cualquier caso, no todo abandono voluntario del extranjero de la zona de operaciones de la OOPS conlleva el cese de la protección o asistencia. Una interpretación en este sentido puede derivar en que todo extranjero que solicita el estatuto de refugiado, con arreglo a la Directiva de Reconocimiento, queda fuera de esta causa de exclusión. Más todavía si se tiene en cuenta que para solicitar refugio en la UE es necesario estar presente físicamente en el territorio de un EM²⁵⁷.

El segundo interrogante es: ¿el reconocimiento *ipso facto* del derecho a los beneficios del régimen de la Directiva de Reconocimiento, que prevé el art. 12.1, letra a), lleva consigo la concesión automática del estatuto de refugiado, o simplemente supone el derecho a que la solicitud sea evaluada conforme los criterios establecidos? Si la opción correcta fuera la segunda interpretación, esta afirmación llevaría implícita la necesidad

²⁵⁴ Mientras que los Gobiernos de Bélgica, Francia y Reino Unido entienden que se trata de un cese total de la actividad de la organización, ACNUR considera que se debe entender como el cese de la protección de una persona en concreto. Por su parte, la Comisión Europea opina que las personas que han abandonado la zona de actuación del organismo no se hayan inmersas en esta excepción, sino en las reglas generales, debido a que sus movimientos no se pueden comparar al cese de la protección o asistencia; Conclusiones de la AG Eleanor Sharpston, presentadas el 4 de marzo de 2010, *Bolbol*, asunto C-31/09, notas a pie 67 y 68.

²⁵⁵ STJUE de 25 de julio de 2018, *Alheto*, asunto C-585/16, apdo. 86; STJUE de 19 de diciembre de 2012, *Abed El Kareem El Kott*, asunto C-364/11, apdo. 59.

²⁵⁶ STJUE de 19 de diciembre de 2012, *Abed El Kareem El Kott*, asunto C-364/11, apdo. 63.

²⁵⁷ Conclusiones de la AG Eleanor Sharpston, presentadas el 13 de septiembre de 2012, *Abed El Kareem El Kott*, asunto C-364/11, punto 52.

de un requisito para solicitar el estatuto de refugiado, exigencia que no existe ni en el ámbito de la Convención de Ginebra de 1951 ni, por analogía, en la Directiva de Reconocimiento.

El TJUE se muestra más favorable a la primera interpretación, es decir, el reconocimiento automático del estatuto de refugiado²⁵⁸. En cualquier caso, el análisis de una solicitud de refugio por parte de un extranjero no es un beneficio, sino un derecho de cualquier nacional de un tercer Estado o apátrida que accede o ya se encuentra en el territorio de un EM.

Por tanto, una vez constatado que el solicitante ha recibido, de manera efectiva, la asistencia del organismo de NU distinto de ACNUR y que la misma ha cesado, el reconocimiento automático del estatuto de refugiado únicamente queda condicionado a que el solicitante no se encuentre inmerso en alguna de las otras cláusulas de exclusión que recoge la Directiva de Reconocimiento²⁵⁹, como la que se analiza a continuación.

3.4.2. La exclusión por la comisión de delitos antes de la solicitud del estatuto de refugiado

El art. 12.2 de la Directiva 2011/95/UE recoge una serie de delitos cuya comisión excluye al extranjero de ser beneficiario del estatuto de refugiado. Se trata, en concreto, de la comisión de un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad (letra a)²⁶⁰, o de la comisión de un delito grave común fuera del país de refugio antes de ser admitidos como refugiados. Además se añade que “los actos especialmente crueles, incluso si su comisión persigue un supuesto objetivo político, podrán catalogarse como delitos comunes graves” (letra b)²⁶¹.

²⁵⁸ STJUE de 19 de diciembre de 2012, *Abed El Karem El Kott*, asunto C-364/11, apdo. 72. Otro razonamiento coherente es el que expone el AG al expresar que la lógica que subyace a esta cláusula de exclusión es que los palestinos objeto de desplazamiento sean revestidos de un especial tratamiento y consideración. Por lo que resulta difícil considerar que: “estar autorizado a ponerse a la cola de una evaluación individual de la legitimación para obtener el estatuto de refugiado sea una forma de especial tratamiento y consideración. Me parece que es más bien la mera supresión de un obstáculo previo (el estar excluido del ámbito de la Convención)”; Conclusiones de la AG Eleanor Sharpston, presentadas el 4 de marzo de 2010, *Bolbol*, asunto C-31/09, puntos 85 a 89.

²⁵⁹ STJUE de 19 de diciembre de 2012, *Abed El Karem El Kott*, asunto C-364/11, apdo. 81.

²⁶⁰ En este sentido, el art. 12.2, letra a) aclara que estos delitos se entenderán como aparecen definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos. Cabe poner de manifiesto que, a la hora de definir cada uno de estos delitos, el TS se remite al Estatuto del Tribunal de Núremberg de 1945, el Estatuto del TPIY de 1993 y, finalmente, el Estatuto de Roma de 1998. STS 4604/2011 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), recurso n. 1298/2010, de 30 de junio de 2011, F.J. 5º.

²⁶¹ ACNUR confirma que, para determinar el carácter común, deberán tomarse en cuenta factores tales como la índole del daño, el procedimiento empleado para procesar o enjuiciar el delito, la naturaleza de la

Por último, el art. 12.2, letra c) excluye a quienes “se han hecho culpables de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas establecidos en el Preámbulo y en los arts. 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas”. ACNUR reconoce que los términos relativos a las finalidades y principios de las NU son amplios y generales, por lo que el ámbito aplicación de esta causa de exclusión resulta ambiguo y, por tanto, debería ser interpretado con cautela²⁶². Ciertos actos contrarios a las finalidades y principios de NU figuran en las Resoluciones 1373 (2001) y 1377 (2001) del Consejo de Seguridad²⁶³. De conformidad con estas Resoluciones, en principio los actos de terrorismo internacional son contrarios a los principios y finalidades de las NU²⁶⁴.

pena y si la mayoría de las jurisdicciones lo considerarían delito grave; ACNUR, “Directrices sobre protección internacional. La aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados”, HCR/GIP/03/05, de 4 de septiembre de 2003, p. 14. Por otro lado, para determinar si un delito es común o político, debe tenerse en cuenta especialmente la naturaleza y el fin; esto es, si se ha cometido por verdaderos motivos políticos y no simplemente por razones personales o ánimo de lucro. Además, debe existir un nexo causal estrecho y directo entre el delito cometido y la finalidad y el objeto político invocado; ACNUR, “Manual y directrices sobre 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”, HCR/1P/4/ENG/REV. 3, diciembre de 2011, p. 152. Por su parte, en el ordenamiento jurídico español, el art. 8.2, letra b) de la Ley 12/2009, no distingue entre delitos comunes y políticos. Por su parte, cierto sector doctrinal sostiene que, por lo general, tienen la consideración de graves los delitos que atentan contra la vida, la integridad física o la libertad de las personas; GOODWIN-GILL, G.S. y MCADAM, J., *The Refugee in International Law*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 177.

²⁶² ACNUR, “Directrices sobre protección internacional. La aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados”, HCR/GIP/03/05, de 4 de septiembre de 2003.

²⁶³ Consejo de Seguridad, Resolución 1373 (2001) sobre las amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo, S/RES/1373 (2001), 28 de septiembre de 2001; Resolución 1377 (2001) sobre los esfuerzos mundiales para combatir el terrorismo, S/RES/1377 (2001), 10 de mayo de 2007. En concreto la Resolución 1373 establece en el punto 2, letra c), que los Estados: “denieguen cobijo a quienes financian, planifican o cometen actos de terrorismo, o prestan apoyo a estos actos, o proporcionan cobijo con estos fines”. En el punto 3, letras f y g de la Resolución del Consejo de Seguridad se exhorta a los Estados a “f) Adoptar medidas apropiadas de conformidad con las disposiciones pertinentes de la legislación nacional y el derecho internacional, inclusive las normas internacionales de derechos humanos, antes de conceder el estatuto de refugiado, con el propósito de asegurarse de que los solicitantes de asilo no hayan planificado ni facilitado actos de terrorismo, ni participado en su comisión; g) Velar, de conformidad con el derecho internacional, porque el estatuto de refugiado no sea utilizado de modo ilegítimo por autores, organizadores o patrocinadores de actos de terrorismo, y porque no se reconozca la reivindicaciones de motivaciones políticas como causa para denegar las solicitudes de extradición de presuntos terroristas”. Finalmente, en el art. 5 declara que: “los actos, métodos y prácticas terroristas son contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas y que financiar intencionalmente actos de terrorismo, planificarlos e incitar a su comisión también es contrario a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”.

²⁶⁴ STJUE de 9 de noviembre de 2010, *B. y D.*, asuntos acumulados C-57/09 y C-101/09, apdos. 81 a 83. En este sentido véase SINGER, S., *Terrorism and Exclusion from Refugee Status in the UK. Asylum Seekers Suspected of Serious Criminality*, Brill Nijhoff, Leiden, 2015, en especial las pp. 15 y 16. En la Resolución 1624 (2005), el Consejo de Seguridad insta a los Estados a luchar contra el terrorismo y denegar protección así como llevar ante la justicia “a todo el que apoye o facilite la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o la facilitación de refugio, o participe o intente participar en dichas actividades”; Consejo de Seguridad, Resolución 1624 (2005) sobre la prohibición de la incitación a la comisión de actos de terrorismo, S/RES/1624 (2005), de 14 de septiembre de 2005. Por consiguiente, según

En *Lounani* se pregunta al TJUE si la participación, y no comisión, en actos de terrorismo conlleva la aplicación de la cláusula de exclusión prevista en el art. 12.2, letra c) de la Directiva de Reconocimiento. El solicitante, *Mostafa Lounani*, originario de Marruecos se instala en Bélgica, donde reside de forma ilegal y donde es condenado, por la vía penal, a seis años de prisión por participar en la célula terrorista, “grupo islámico combatiente marroquí”, además de por otros delitos menores, entre ellos, estancia irregular en Bélgica. El Sr. *Mostafa Lounani* presenta una solicitud de asilo debido al temor a ser perseguido en su Estado de origen, Marruecos. El motivo del riesgo de persecución en caso de expulsión, según el solicitante, se debe a la creencia que tiene Marruecos de que el Sr. *Lounani* es un islamista radical y yihadista, debido a su condena penal en Bélgica por terrorismo. La autoridad administrativa competente para los refugiados y apátridas belga deniega su solicitud en aplicación de la letra c) del art. 12.2 de la Directiva de Reconocimiento. Esta decisión es recurrida ante el Consejo del contencioso de extranjería belga quien modifica la decisión de la autoridad administrativa competente para los refugiados y apátridas y reconoce al Sr. *Lounani* el estatuto de refugiado. Dicho órgano considera que los hechos específicamente imputados al recurrente, consistentes en participar con apoyo logístico y mediante prestación de servicios materiales e intelectuales a la célula terrorista, no presentan la gravedad suficiente como para calificar estos actos como contrarios a las finalidades y propósitos de las NU²⁶⁵.

El TJUE sostiene que el concepto “actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas”, no puede circunscribirse a la comisión de los actos de terrorismo que se precisan en las resoluciones del Consejo de Seguridad²⁶⁶, sino que debe abarcar tanto los actos terroristas, como las acciones de reclutamiento, organización, transporte o equipamiento de las personas que viajan para cometer, planificar o preparar dichos actos²⁶⁷. Lo que significa que esta causa de exclusión también es aplicable a aquellos que

la citada Resolución, no debe entenderse únicamente como acto terrorista la perpetración del acto en sí, sino también la cooperación o colaboración en el mismo.

²⁶⁵ STJUE de 21 de enero de 2017, *Mostafa Lounani*, asunto C-573/14, apdos. 28 a 37.

²⁶⁶ STJUE de 21 de enero de 2017, *Mostafa Lounani*, asunto C-573/14, apdo. 48.

²⁶⁷ STJUE de 21 de enero de 2017, *Mostafa Lounani*, asunto C-573/14, apdo. 67. Como apunta MARTÍNEZ ALARCON, “parece evidente que el peligro actual (la amenaza terrorista islamista), y la necesidad que Europa tiene de protegerse frente a la misma y garantizar la seguridad de aquellos que se encuentran en su territorio, es lo que ha llevado al Tribunal de Luxemburgo a optar claramente [...] por una interpretación extensiva de los actos que pueden justificar la causa de su exclusión del estatuto de refugiado atendiendo a la contravención de los principios y finalidades de Naciones Unidas”; MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L., *La política europea de protección internacional*, Aranzadi, Navarra, 2018, p. 157.

colaboran en actos de terrorismo²⁶⁸. El TJUE pide a los EM que se remitan a la lista anexa a la Posición Común del Consejo 2001/931 sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, para evaluar, en los casos concretos, si el carácter terrorista del grupo y sus actos generales, *a priori*, se enmarca en los actos que de conformidad con la Directiva de Reconocimiento, suponen la exclusión del estatuto de refugiado²⁶⁹.

La participación de una persona en un grupo terrorista puede conllevar acciones diversas con niveles de gravedad muy variables. Por ello, los EM únicamente pueden aplicar este supuesto como causa de exclusión cuando existan motivos fundados para creer que los actos realizados por el solicitante se corresponden con esta causa de exclusión, lo que conlleva una evaluación individual de los hechos²⁷⁰. En *Mostafa Launani* el TJUE considera que acciones tales como ser miembro dirigente de un grupo terrorista de dimensión internacional, incluido en la lista de NU, y desarrollar en el seno de esta organización labores de apoyo logístico a las actividades del grupo –como falsificación de pasaportes o apoyo a los voluntarios para viajar a Iraq–, es una causa de exclusión del estatuto de refugiado²⁷¹.

²⁶⁸ De los trabajos preparatorios de la Convención de Ginebra se deduce que la finalidad de esta cláusula de exclusión es cubrir todas las actuaciones que configuran los actos de terrorismo. En cualquier caso, son los tribunales nacionales quienes deben comprobar si los hechos y sus contextos constituyen delitos políticos, o crímenes graves no políticos; con la consecuencia de no reconocer el estatuto de refugiado solo en este último caso; SINGH, S., “Will Acceptance of a Universally Approved Definition of Terrorism Make Article 1 F of the 1951 Refugee Convention More Effective in Excluding Terrorists”, *Journal of Migration and Refugee Issues*, vol. 2, n. 3, 2006, 91-119, p. 117. Por tanto, ya no solo es importante identificar a las personas que han participado en un acto terrorista, sino la participación del solicitante de refugio en actos de este tipo, ya sea mediante acciones de reclutamiento, financiación u otros actos, cuando conozca el objetivo al que va destinada su participación. Sobre el fenómeno de los extranjeros combatientes en actos terroristas véase, DE GUTTRY, A., CAPONE, F. y PAULUSSEN, C. (Eds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2016.

²⁶⁹ STJUE de 9 de noviembre de 2010, *B. y D.*, asuntos acumulados C-57/09 y C-101/09, apdos. 88 a 89 y 90. Con la finalidad de que la UE implante las medidas tendentes a aplicar lo establecido en la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad se adopta la Posición Común del Consejo de 27 de diciembre de 2001 sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, (2001/931/PESC). Bruselas, el 27 de diciembre de 2001 (DOCE L 344/93, de 28 de diciembre de 2001). A tenor del apdo. 2 de la Posición común, se entiende por personas, grupos y entidades que intervengan en actos terroristas, “las personas que cometan, o intenten cometer, actos de terrorismo o participen en ellos o faciliten su comisión; los grupos y entidades que, directa o indirectamente sean propiedad o están bajo el control de esas personas, y las personas, grupos y entidades que actúen en nombre de esas personas, grupos y entidades o bajo sus órdenes, incluidos los fondos obtenidos o derivados de los bienes que, de forma directa o indirecta, sean propiedad o están bajo el control de esas personas y de las personas, grupos y entidades asociadas con ellos”. A estos efectos, los Estados pueden aplicar el art. 12.2, letra c) de la Directiva de Reconocimiento a las personas que hayan estado implicadas en actos de terrorismo internacional durante su participación en una organización incluida en la lista del anexo a la Posición común de 2001.

²⁷⁰ STJUE de 21 de enero de 2017, *Mostafa Lounani*, asunto C-573/14, apdo. 72; STJUE de 9 de noviembre de 2010, *B. y D.*, asuntos acumulados, C-57/09 y C-101/09, apdo. 87 y 94.

²⁷¹ Asimismo, el TJUE confirma que es frecuente que los participantes en actividades terroristas hayan sido condenados firmemente por los tribunales de un EM por este motivo. Este hecho y el que haya sido miembro dirigente de ese grupo, son circunstancias que tienen especial relevancia a la hora de realizar el análisis casuístico, “sin que sea necesario demostrar que haya incitado personalmente a la comisión de un acto de

En *T.*, el solicitante había participado en actos de apoyo al PKK, en concreto asistió a reuniones legales y participó en actividades tales como la celebración del nuevo año kurdo y la recogida de fondos para esa organización. Sin embargo, a diferencia de lo que falló en *Launani*, el TJUE mantiene en este asunto que la realidad de esos actos no supone necesariamente que el autor haya sostenido la legitimidad de actividades terroristas, por lo que tales acciones, por sí mismas, no son actos terroristas²⁷².

Pueden destacarse dos elementos comunes a las cláusulas de exclusión establecidas en la letra b) –comisión de un grave delito común fuera del país de refugio antes de ser admitidos como refugiados– y c) –actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas– del art. 12.2 de la Directiva de Reconocimiento. El primero de ellos es el elemento subjetivo. Esto es, es necesario que se lleve a cabo una evaluación que permita atribuir el hecho al sujeto. El TJUE establece una serie de criterios que permiten determinar el nivel de responsabilidad del solicitante en los actos cometidos por la organización, sin perjuicio de otros criterios que las autoridades competentes puedan aplicar. Estos criterios son: el papel efectivo que el solicitante desempeñó en la consecución de los actos; su papel o posición en el seno de la organización; el grado de conocimiento que tenía o debiera haber tenido de las actividades de la organización; así como las posibles presiones a las que pudo verse sometido o los factores que pudieron afectar a su comportamiento²⁷³.

El segundo elemento es el examen de proporcionalidad. Pero el TJUE no exige que, en la evaluación llevada a cabo por parte de las autoridades competentes a la hora de aplicar una cláusula de exclusión, se ponderen la gravedad del delito o del acto y las consecuencias de su exclusión. Esta jurisprudencia choca con la postura planteada por ACNUR y la Comisión Europea²⁷⁴.

terrorismo o haya participado en él”; STJUE de 21 de enero de 2017, *Mostafa Lounani*, asunto C-573/14, apdo. 81. Las Directrices de ACNUR sugieren a los Estados realizar este análisis individual con cautela, tomando en consideración aspectos como las actividades actuales del grupo, su estructura organizativa, la posición que el solicitante ocupaba dentro de la misma, así como su capacidad de influir significativamente en sus actividades, así como en las posibles fragmentaciones del grupo; ACNUR, “Directrices sobre Protección Internacional. La aplicación de las cláusulas de exclusión: el artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados”, HCR/GIP/03/05, de 4 de septiembre de 2003, pár. 19.

²⁷² STJUE de 24 de junio de 2015, *T.*, asunto C-373/13, apdo. 91

²⁷³ STJUE de 9 de noviembre de 2010, *B. y D.*, asuntos acumulados C-57/09 y C-101/09, apdo. 97.

²⁷⁴ Conclusiones del AG Paolo Mengozzi, presentadas el 1 de junio de 2010, *B. y D.*, asuntos acumulados C-57/09 y C-101/09, punto 91. Concretamente, ACNUR defiende la necesidad del examen de proporcionalidad debido a las graves consecuencias que conlleva la exclusión del estatuto de refugiado. Aunque admite que dicho examen no se deriva de forma expresa de la Convención de Ginebra, sí que se desprende de la naturaleza y el análisis de las causas de exclusión, así como del objeto y propósito humanitario de la Convención de 1951; “Declaración del ACNUR sobre el artículo 1F de la Convención de 1951. Publicada en el marco de las cuestiones prejudiciales presentadas al Tribunal de Justicia de las

Para finalizar, la comisión de alguno de los actos descritos en el art. 12.2 por parte de los potenciales solicitantes del estatuto de refugiado conlleva la exclusión del citado estatuto; si bien, no presupone que esa persona constituya un peligro actual para el EM de acogida²⁷⁵, ni que el solicitante deba ser expulsado a su Estado de origen, si puede, mediante otros cauces, legalizar su permanencia en el EM²⁷⁶, ya que el EM podría conceder al sujeto otra clase de protección que no sea el estatuto de refugiado. Siempre y cuando esta otra clase de protección no implique un riesgo de confusión que haga suponer que el sujeto se encuentra protegido por el estatuto de refugiado²⁷⁷.

3.5. El principio de *non refoulement* de conformidad con el DI de los Refugiados

Como se ha apuntado en la Introducción del presente Capítulo, el art. 6, letra a) de Proyecto de la CDI dispone que “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”²⁷⁸. Con esta fórmula se reproduce el art. 32.1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951²⁷⁹. La CDI, en sus comentarios, además de a los refugiados que se encuentran legalmente en el territorio de un EM, extiende la aplicación del principio de *non refoulement* a aquellos sujetos cuya solicitud de refugio se encuentra pendiente de resolución, siguiendo la práctica desarrollada por ACNUR²⁸⁰.

Comunidades Europeas por la Corte Federal Administrativa de Alemania con respecto a la interpretación de los artículos 12 (2) (b) y (c) de la Directiva de Reconocimiento”, Julio 2009, p. 10. Disponible en: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4a8a8a262>

²⁷⁵ STJUE de 9 de noviembre de 2010, *B. y D.*, asuntos acumulados C-57/09 y C-101/09, apdo. 105.

²⁷⁶ STJUE de 9 de noviembre de 2010, *B. y D.*, asuntos acumulados C-57/09 y C-101/09, apdo. 121.

²⁷⁷ STJUE de 9 de noviembre de 2010, *B. y D.*, asuntos acumulados C-57/09 y C-101/09, apdo. 121.

²⁷⁸ El ponente de la CDI destaca que la formulación en términos negativos del principio de no devolución “atenúa su alcance y lo priva de carácter absoluto”; CDI, “Tercer informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/581, 19 de abril de 2007, p. 63.

²⁷⁹ Inicialmente, en el proyecto de art. 6 presentado por el ponente de la CDI en su tercer informe, además de a la seguridad nacional y al orden público, se hacía referencia al terrorismo como excepción a la regla general de no expulsión de un refugiado. Esta individualización del terrorismo como excepción a la regla general de no expulsión de los refugiados, se consideró que suponía más desarrollo progresivo que mera codificación de una norma consuetudinaria bien implantada, y ello a pesar de que se apoyaba en la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad por la que se creaba el Comité contra el Terrorismo. Varios miembros de la CDI se postularon en contra de esta inclusión, alegando también que no existía una definición universalmente reconocida de terrorismo y que se entendía que el concepto “seguridad nacional” abarcaba ya este aspecto; Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 59º periodo de sesiones (7 de mayo a 5 de junio y 9 de julio a 10 de agosto de 2007). AGNU. Documentos Oficiales. 62º periodo de sesiones. Suplemento n. 10 (A/62/10), NU, Nueva York, 2007, p. 234.

²⁸⁰ Como señala la CDI, esta excepción “se hace extensible a todo refugiado que se halle ilegalmente en el territorio del Estado y haya pedido que se le reconozca la condición de refugiado, durante el proceso de examen de su solicitud. No obstante, esa protección se aplica únicamente mientras se esté examinando esa solicitud”; Proyecto de la CDI, Doc. A/69/10, comentario 6) a la propuesta de art. 6, p. 33. Véase la opinión de ACNUR en estos términos en, ACNUR, “Nota de orientación sobre la extradición y la protección internacional de los refugiados”, 2008, p. 11, letra c). A estos efectos, ACNUR ha declarado que, de

El art. 6, letra b) del Proyecto de la CDI reproduce casi literalmente una de las disposiciones fundamentales de la Convención de Ginebra; el art. 33, en el que se recoge el principio de *non refoulement*. Según dispone el art. 6, letra b):

“Un Estado no expulsará o devolverá, en modo alguno a un refugiado a las fronteras de territorios en los que su vida o su libertad correrían peligro en razón de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opinión política, a menos que existan motivos fundados para considerar que esa persona constituye una amenaza para la seguridad del país en el que se encuentra o que, habiendo sido condenada mediante sentencia firme por la comisión de un delito particularmente grave, constituye una amenaza para la comunidad de dicho país”.

La CDI aplica el principio de *non refoulement* “a todos los refugiados, independientemente de que su presencia en el Estado de acogida sea legal o ilegal”²⁸¹. En opinión de la doctrina, el principio de *non refoulement* forma parte integrante del DI

acuerdo a la Convención, “una persona es un refugiado tan pronto como reúne los requisitos enunciados en la definición, lo que ocurre antes de que se determine formalmente su condición de refugiado”. Así pues, el reconocimiento de la condición de refugiado de una persona no tiene carácter constitutivo, sino declarativo”; ACNUR, “Manual y directrices sobre 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”, HCR/IP/4/ENG/REV. 3, diciembre de 2011, p. 28; ACNUR, “Nota del ACNUR sobre las garantías diplomáticas y la protección internacional de los refugiados”, 2006, p. 9. En este sentido, como apunta LIVIO NERI, “sarebbe certo inopportuno far dipendere la sola reale protezione prevista per il rifugiato da una procedura la cui funzione non è quella di fornire alla discrezionalità delle autorità competenti gli elementi per attribuire o meno uno status giuridico, ma quella di accertare la sussistenza di requisiti presupposti allo status stesso”; NERI, L., “Il diritto di asilo. Sezione seconda- Profili sostanziali: lo status di rifugiato”, en NASCIMBENE, B. (Coord.), *Diritto degli stranieri*, CEDAM, Padova, 2004, p. 1197. En esta línea, ACNUR y la Corte IDH defienden que este principio también debe ser aplicable a los solicitantes de asilo en frontera; BOLLO AROCENA, M.D., *Expulsión de extranjeros, Derecho Internacional y Derecho Europeo*, Aranzadi, Pamplona, 2016, 2016, pp. 34 y 35 y bibliografía citada. Por su parte, el ponente de la CDI considera que esta prohibición de expulsión durante el examen de la solicitud de asilo a la “protección temporal” (protección de urgencia inmediata contra la devolución), la cual se distingue de la protección subsidiaria (estatuto reconocido legalmente en casos individuales y no de afluencia masiva de extranjero); CDI, “Tercer informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/581, 19 de abril de 2007, p. 72.

²⁸¹ Proyecto de la CDI, Doc. A/69/10, comentario 7) a la propuesta de art. 6, p. 34. Por su parte, ACNUR opina que el principio de *non refoulement* también se aplica al rechazo en frontera y la devolución indirecta; Consultas globales sobre la protección internacional. Mesa redonda de expertos en Cambridge 9-10 de julio de 2001. Organizada por el ACNUR y el Centro Lauterpacht de Investigaciones sobre Derecho Internacional. “Resumen de las conclusiones – El principio de no-devolución”, punto 4. Por su propia definición, el principio de *non refoulement* no es aplicable a quienes no cumplen los requisitos para ser considerados refugiados, ni a aquellos que se encuentran inmersos en las causas de excepción que prevé el mismo art. 33 de la Convención de Ginebra. De ello se infiere un vínculo funcional concreto entre la prohibición de devolución y las obligaciones de protección y reconocimiento de la condición de refugiado. Lo que otorga a dicha prohibición la función de garantizar la utilidad de la Convención de 1951 en relación con el régimen de protección internacional que beneficiará al solicitante; SALERNO, F., “L’obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo”, en FAVILLI, C. (Ed.), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Giappichelli, Torino, 2011, 3-33, p. 10.

general, como una norma consuetudinaria²⁸², de naturaleza *ius cogens*²⁸³. Por lo que es vinculante para todos los Estados, incluso para aquellos que no son parte de la Convención de Ginebra y su Protocolo de 1967²⁸⁴.

Ahora bien, el principio de *non refoulement* no contiene una prohibición de carácter absoluto. El art. 33 de la Convención de Ginebra permite expulsar a un refugiado a las fronteras de territorios en los que su vida o su libertad correrían peligro, si el refugiado supone una amenaza para la comunidad del país²⁸⁵. En este sentido, en su tercer informe sobre la expulsión de extranjeros, el Ponente de la CDI considera que la apreciación de esta amenaza corresponde a las autoridades de los EP de la Convención de Ginebra, y mantiene que del análisis de la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad se deduce que un refugiado puede ser expulsado en razón de sus actividades terroristas o relacionadas con el terrorismo²⁸⁶.

²⁸² Son dos los requisitos necesarios para que una norma sea considerada consuetudinaria: la participación internacional en la Convención en la que se enmarca la disposición, la cual debe ser extendida y representativa, especialmente en lo que respecta a los Estados más afectados en sus intereses en la materia regulada por la Convención y; la existencia de una *opinio iuris* general, que demuestre el reconocimiento internacional de la naturaleza vinculante de la regla que contiene la disposición; MASTROMARTINO, F., *Il diritto di asilo. Teoria e storia di un istituto giuridico controverso*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012, pp. 251 y 252.

²⁸³ En este sentido, LÜLF, C., “Non-refoulement in international refugee law, human rights law and asylum laws”, en HEINTZE, H.-J. y THIELBÖRGUER, P. (Eds.), *From cold war to cyber war. The evolution of the International Law of peace and armed conflict over the last 25 years*, Springer, Switzerland, 2016, 167-186, pp. 179 a 182; ALLAIN, J., “The Jus-Cogens Nature of Non Refoulement”, *IJRL*, vol. 13, n. 4, october 2001, 533-558, p. 538

²⁸⁴ LAUTERPACHT, E. y BETHLEHEM, D., “El alcance y contenido del principio de no devolución: opinión”, en FELLER E., TÜRK, V. y NICHOLSON, F. (Eds.), *Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas globales de ACNUR sobre Protección Internacional*, Icaria Editorial, Barcelona, 2010, 97- 201, p. 158; Reunión Ministerial de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, “Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados”, HCR/MMSP/2001/9, de 16 de diciembre 2002, pár. 4 del preámbulo. En este sentido se apunta que el principio de *non refoulement* es una norma cuya obligación *erga omnes*, conlleva un derecho subjetivo para el extranjero, el cual que puede ejercitar frente al Estado como una norma de DI general; MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., “El asilo y sus modalidades en Derecho Internacional”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto Nacional de Servicios Social, Madrid, 1996, 505-527, p. 514.

²⁸⁵ La interpretación doctrinal de seguridad nacional hace referencia a: “actos de una naturaleza tal que amenacen directa o indirectamente al Gobierno, a la integridad territorial, la independencia o la paz, entre los que cabría incluir actividades concretas como el espionaje, el sabotaje de instalaciones militares, los actos tendentes a derrocar a un Gobierno o las actividades terroristas”; BOLLO AROCENA, M.D., *Expulsión de extranjeros, Derecho Internacional y Derecho Europeo*, Aranzadi, Pamplona, 2016, 2016, p. 38. Con la expresión “amenaza para la seguridad de tal país”, se alude al refugiado que ha sido condenado por un delito muy grave, en vista del cual, se puede determinar su peligrosidad presente y futura para la comunidad del Estado de acogida. En cualquier caso, no todo refugiado condenado por la comisión de un delito grave constituye una amenaza en este sentido. Por lo tanto, se hace necesario atender a factores relevantes, tales como las probabilidades de reincidencia, para determinar la excepción al principio de no devolución; ACNUR, “Nota de orientación sobre la extradición y la protección internacional de los refugiados”, 2008, pár. 14. ii).

²⁸⁶ CDI, “Tercer informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/581, 19 de abril de 2007, pár. 77.

Como ya se ha señalado, el art. 78 del TFUE dispone que la UE debe desarrollar una política común de asilo, protección subsidiaria y protección temporal que garantice el respeto al principio de no devolución, en relación con la Convención de Ginebra de 1951, su Protocolo de 1967, así como los demás tratados pertinentes, tales como, la CDN, la CCT, el PIDCP²⁸⁷ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁸⁸. Asimismo, el principio de no devolución se encuentra recogido en el art. 19.2 de la CDFUE.

La Directiva de Reconocimiento desarrolla el principio de *non refoulement* y lo aplica, además de a los refugiados, a los beneficiarios del estatuto de protección subsidiaria²⁸⁹. Al igual que el art. 33.2 de la Convención de Ginebra, el art. 21.2 de la Directiva de Reconocimiento permite a los EM devolver a un refugiado cuando, en primer lugar, “existen motivos razonables para considerar que dicha persona constituye un peligro para la seguridad del Estado miembro en el que se encuentra”. La determinación del significado y el alcance de la expresión “motivos razonables”, debe tomar en consideración el contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte y, en su caso, la génesis de dicha norma²⁹⁰. En segundo lugar, los EM también podrán expulsar a un refugiado cuando “habiendo sido condenado por sentencia firme por un delito de especial gravedad, constituye un peligro para la comunidad de dicho Estado miembro”.

En tales situaciones, los EM tienen tres opciones: en primer lugar, pueden expulsar al refugiado a su Estado de origen²⁹¹; en segundo lugar, pueden expulsarle a un tercer Estado en el que no corra el riesgo de ser perseguido o de sufrir daños graves; y, en tercer lugar, pueden autorizar al refugiado a permanecer en su territorio²⁹².

²⁸⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la AGNU en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (BOE n. 103, de 19 de diciembre de 1966).

²⁸⁸ FRA, *Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la UE, 2014, p. 68 y 69.

²⁸⁹ Así lo recoge también la normativa española reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, concretamente, el art. 5 la Ley 12/2009.

²⁹⁰ STJUE de 25 de julio de 2018, *Alheto*, asunto C-585/16, apdo. 108; STJUE de 31 de mayo de 2018, *Hassan*, asunto C-647/16, apdo. 40; STJUE de 30 de enero de 2014, *Diakité*, asunto C-285/12, apdo. 27; STJUE de 11 de junio de 2015, *Z. Zh. y O.*, asunto C-554/13, apdo. 29.

²⁹¹ El TJUE sostiene que solo se puede revocar o poner fin al permiso de residencia, o negarse a renovarlo o a concederlo cuando el refugiado sea un peligro para la seguridad del EM o constituya tal peligro habiendo sido condenado firmemente por un delito especialmente grave; STJUE de 24 de junio de 2015, *T.*, asunto C- 373/13, apdo. 55.

²⁹² STJUE de 24 de junio de 2015, *T.*, asunto C- 373/13, apdo. 43.

Con todo, esta excepción debe ser aplicada de forma restrictiva. En concreto, únicamente se expulsará a un refugiado cuando el EM no tenga otra manera de hacer frente a la amenaza que esta persona representa para la seguridad de ese EM²⁹³, lo que implica analizar el caso concreto en aplicación del principio de proporcionalidad. Este principio exige que las medidas utilizadas por los EM sean idóneas para alcanzar el objetivo deseado²⁹⁴. La aplicación del principio de proporcionalidad y el carácter restrictivo con el que ha de aplicarse esta excepción al principio de *non refoulement* son necesarias debido a las graves consecuencia que conlleva la devolución de un refugiado al Estado donde sufre persecución; riesgo que ya ha sido constatado²⁹⁵.

Es relevante poner de manifiesto en este punto que el principio de no devolución va más allá de lo establecido en el art. 33.1 de la Convención de Ginebra, debido a que las obligaciones de no devolución también se derivan del art. 3 de la CCT, así como de instrumentos regionales de protección de los DDHH, como el CEDH²⁹⁶. Las excepciones que el principio de *non refoulement* prevé de conformidad con el DI de los Refugiados, no afectan al DIDH. La propia CDI subraya que:

²⁹³ STJUE de 24 de junio de 2015, *T.*, asunto C- 373/13, apdo. 71. Sobre la aplicación restrictiva del principio de *non refoulement* véase, HATHAWAY, J.C. y HARVEY, C.J., “Framing Refugee Protection in the New World Disorder”, *Cornell International Law Journal*, vol. 34, n. 2, 2001, 257-320; CDI, “Tercer informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/581, 19 de abril de 2007, pár. 68.

²⁹⁴ STJCE de 19 de octubre de 2004, *Zhu y Chen*, asunto C- 200/02, apdos. 32 y 33. Por lo tanto, el peligro para la seguridad estatal debe ser de mayor envergadura que el riesgo que conlleva la devolución del refugiado; LAUTERPACHT, E. y BETHLEHEM, D., “El alcance y contenido del principio de no devolución: opinión”, en FELLER E., TÜRK, V. y NICHOLSON, F. (Eds.), *Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas globales de ACNUR sobre Protección Internacional*, Icaria Editorial, Barcelona, 2010, 97- 201, p. 144.

²⁹⁵ En este sentido, se defiende que la devolución de un refugiado no puede ampararse en la excepción prevista, en el caso de que existan alternativas menos severas que aplaquen el riesgo para la seguridad del Estado y que no supongan la devolución del refugiado; GOODWIN-GILL, G.S., *The refugee in International Law*, OUP Oxford, 1996, p. 96. Por consiguiente, se hace necesario un análisis en el que se aplique el principio de proporcionalidad. En este sentido, se ha puesto de manifiesto que el requisito de la proporcionalidad requiere que se tomen en cuenta varios factores, como por ejemplo: “a) La gravedad del peligro planteado a la seguridad del país; b) La probabilidad de que ese peligro se haga realidad y si inminencia; c) Si el peligro para la seguridad del país sería eliminado o significativamente aliviado por la expulsión del individuo en cuestión; d) La naturaleza y seriedad del riesgo de la devolución para el individuo; e) Si están disponibles otras opciones consistentes con la prohibición de la devolución y si podrían ser empleadas, ya sea en el país de asilo o mediante la expulsión del individuo en cuestión a un tercer país seguro”; LAUTERPACHT, E. y BETHLEHEM, D., “El alcance y contenido del principio de no devolución: opinión”, en FELLER E., TÜRK, V. y NICHOLSON, F. (Eds.), *Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas globales de ACNUR sobre Protección Internacional*, Icaria Editorial, Barcelona, 2010, 97- 201, p. 153.

²⁹⁶ ACNUR, “Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967”, 2007.

“la obligación específica de no devolución que ampara a los refugiados se enuncia sin perjuicio de que se les apliquen las normas generales que prohíben la expulsión hacia determinados países”²⁹⁷.

Por consiguiente, un Estado no podrá ampararse en las excepciones que prevé el DI de los Refugiados y expulsar a un refugiado si, al hacerlo, expone a la persona a un peligro, como puede ser, el riesgo de sufrir tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de conformidad con el DIDH²⁹⁸. Además, como se demostrará en el Capítulo III el principio de no devolución, de acuerdo con los tratados regionales de DDHH como el CEDH, no va ligado a un estatus, como es el de refugiado. Así como tampoco se centra en el factor que origina el riesgo –esto es, el motivo de persecución–, sino en el riesgo originado por una causa determinada²⁹⁹.

En consecuencia, la prohibición de no devolución es un principio que ha rebasado el ámbito de aplicación del DI de los Refugiados, al estar incluido en varios convenios regionales de DDHH, entre ellos el CEDH. Conviene destacar en este punto que el ámbito material de aplicación y el alcance del principio de *non refoulement*, de conformidad con la Convención de Ginebra de 1951 y la Directiva de Reconocimiento, en la actualidad, se ha visto notablemente ampliado gracias a la jurisprudencia desarrollada por el TEDH³⁰⁰, como se demostrará en el Capítulo III.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

²⁹⁷ Proyecto de la CDI, Doc. A/69/10, comentario 7) a la propuesta de art. 6, p. 34.

²⁹⁸ Por tanto, en estos supuestos las excepciones al principio de *non refoulement* previstas en el art. 33.2 de la Convención de Ginebra 1951 resultan inoperantes; FLAUSS, J.F., “Les droits de l’homme et la Convention de Genève du 28 juillet 1951 au statut des réfugiés”, en CHETAİL, V. y FLAUSS, J.-F. (Eds.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés: 50 ans après – bilan et perspectives*, Publication de l’Institut International pour les Droits de l’Homme et du Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés, Bruylant, Brussels, 2001, 91-131, p. 117.

²⁹⁹ El ponente de la CDI opina que la definición que ofrece la Convención de Ginebra de 1951 es demasiado restrictiva, ya que deja fuera a diversas categorías de personas que tanto el DI regional, como la doctrina y la práctica contemporánea consideran refugiados. No obstante, apunta que: “los textos regionales han permitido colmar las insuficiencias de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967”; CDI, “Tercer informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/581, 19 de abril de 2007, pár. 61

³⁰⁰ En este sentido, LENZERINI, F., “Diritto d’asilo e esclusione dello status di rifugiato. Luci e ombre nell’approccio della corte di giustizia dell’Unione Europea”, *RDI*, vol. 94, n. 1, 2011, 103-135, p. 116.

4. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL MEDIANTE EL RECONOCIMIENTO DEL ESTATUTO DE PROTECCIÓN SUBSIDIARIA

4.1. La naturaleza y los rasgos definitorios del estatuto de protección subsidiaria

Como ya se ha señalado en la Introducción de este Capítulo, en el DUE la protección subsidiaria completa las normas relativas al estatuto de refugiados establecidas por la Convención de 1951. De este modo, se ha ido configurando en el seno de la UE un sistema en materia de asilo que incluye formas de protección alternativas al refugio, lo que introduce nuevas formas de salvaguardar los derechos fundamentales de los solicitantes de protección internacional³⁰¹. El término “subsidiario”, así como el tenor de su definición en la Directiva de Reconocimiento hacen referencia, de forma inequívoca, al hecho de que el estatuto de protección subsidiaria está destinado a conferir protección a aquellos nacionales de terceros países que no reúnen los requisitos para ser refugiados. El art. 2, letra f) de la Directiva 2011/95/UE define a una persona con derecho a protección subsidiaria como:

“un nacional de un tercer país o un apátrida que no reúne los requisitos para ser refugiado, pero se den motivos fundados para creer que si regresase a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves definidos en el artículo 15, y al que no se aplica el artículo 17, apartados 1 y 2, y que no puede o, a causa de dicho riesgo, no quiere acogerse a la protección de tal país”³⁰².

³⁰¹ La Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo de 1967 fueron creados a raíz de los acontecimientos de la Segunda Guerra Mundial, por lo que se ha criticado su carácter obsoleto y su falta de contextualización con la situación geopolítica del siglo XXI; FONSECA MORILLO, F.J., “El derecho de asilo en tanto derecho fundamental en el marco del derecho comunitario”, *REE*, n. 50, 2008, 9-24, p. 10. En las conclusiones del Consejo de Tampere de 1999, se recomendó aplicar, entre otras cosas “medidas relativas a formas de protección que ofrezcan un estatuto adecuado a toda persona que necesite esa protección”, para que aquellas personas que, no cumpliendo los requisitos para ser un refugiado, necesiten protección internacional; Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999. Conclusiones de la Presidencia, pár. 14. Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm

³⁰² En legislación española, el art. 4 de la Ley 12/2009 reconoce el derecho a la protección subsidiaria en términos idénticos. Asimismo, la exposición de motivos de la Ley 12/2009, subraya que la cobertura que se otorga a los beneficiarios de protección subsidiaria es la misma que la que corresponde a un refugiado. Concretamente establece que la protección subsidiaria sigue las mismas pautas empleadas con el derecho de asilo, como consecuencia lógica de la voluntad de unificar en su práctica totalidad ambos regímenes de protección. Todo ello obedece al objetivo en común de ambos estatutos de ofrecer protección a sus beneficiarios en caso de “riesgos para su vida, integridad física o libertad, que no pueden encontrar en sus países de origen”.

En concreto, el concepto de protección subsidiaria se basa, principalmente, en los instrumentos internacionales sobre DDHH en la materia. En particular, el art. 3 del CCT, el art. 7 del PIDCP y el art. 3 del CEDH³⁰³.

Al incorporar el legislador europeo una forma subsidiaria de protección en el SECA, no quiso brindar al solicitante la posibilidad de elegir entre cualquiera de los dos regímenes. El objetivo del SECA es garantizar la primacía de la Convención de Ginebra por lo que la creación de un estatuto subsidiario de protección en la UE no puede menoscabar el alcance esencial de la Convención de 1951³⁰⁴. Las medidas destinadas a ofrecer esta forma de protección deben aplicarse de manera que fortalezcan el régimen internacional de protección a los refugiados, y no en su detrimento³⁰⁵.

El estatuto de protección subsidiaria no se articula como una forma de protección internacional *in peius* a la figura del refugio. Cualquier persona cuyas circunstancias no cumplan con la noción y requisitos necesarios para ser un refugiado no puede ser, por defecto y de manera automática, beneficiario del estatuto de protección subsidiaria. De la Directiva de Reconocimiento se desprende que los criterios mínimos para la concesión del estatuto de protección subsidiaria deben permitir completar la protección que brinda la Convención de Ginebra a los refugiados al identificar, en este sentido, a las personas con necesidad de protección internacional y ofrecerles un estatuto apropiado a sus circunstancias³⁰⁶. En consecuencia, el estatuto de protección subsidiaria es un complemento o “soporte” de la protección los refugiados consagrada en la Convención de Ginebra de 1951³⁰⁷.

³⁰³ Véase el considerando 34 de la Directiva 2011/95/UE y la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los requisitos y el estatuto al que pueden optar ciudadanos de países terceros y personas apátridas para ser refugiados de otros tipos de protección internacional (presentada por la Comisión), Bruselas 12 de septiembre de 2001, COM(2001) 510 final, 2001/0207 (CNS), p. 4.

³⁰⁴ En los trabajos preparatorios de la Directiva 2004/83, la Comisión Europea manifiesta expresamente que: “la consideración de si un solicitante puede optar a la protección subsidiaria normalmente tendrá lugar después de demostrarse que no reúne los requisitos para ser considerado refugiado”, garantizando con ello una “aplicación plena e inclusiva de la Convención de Ginebra” y sin debilitar el régimen que dicha Convención sustenta; Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los requisitos y el estatuto al que pueden optar ciudadanos de países terceros y personas apátridas para ser refugiados de otros tipos de protección internacional (presentada por la Comisión), Bruselas 12 de septiembre de 2001, COM(2001) 510 final, 2001/0207 (CNS), p. 11.

³⁰⁵ Comité Ejecutivo de ACNUR, “B. Conclusión sobre la disposición sobre protección internacional, en particular mediante formas complementarias de protección1”, A/AC.96/1021, de 7 de octubre de 2005, letra k).

³⁰⁶ STJUE de 30 de enero de 2014, *Diakité*, asunto C-285/12, apdo. 33. En este sentido, véase en la doctrina, GREGOR, N., “International protection obligations and the definition of subsidiary protection in the EU Qualification Directive”, en DIAS URBANO DE SOUSA, C. y DE BRUYCKER, P. (Dirs.), *The Emergence of a European Asylum Policy*, Bruylant, Brussels, 2004, 183-194.

³⁰⁷ STJUE de 8 de mayo de 2014, *H.N.*, asunto C-604/12, apdo. 32.

En *Diakité*, el AG consideró que la necesidad de protección del extranjero constituye el principal criterio que deben tener en cuenta las autoridades nacionales que cursen una solicitud de protección subsidiaria, así como los órganos jurisdiccionales que decidan la aprobación o denegación de la misma³⁰⁸. En este sentido, a diferencia del estatuto de refugiado, cuya clave de bóveda es la “persecución individualizada” (epígrafe 3.1.3.), en el ámbito de la protección subsidiaria el eje principal lo constituye el riesgo de “daño grave”, pudiendo derivarse de este daño una persecución generalizada³⁰⁹. Por consiguiente, se puede valorar la protección subsidiaria como un desarrollo de la protección establecida en el DI de los Refugiados. En este sentido, debido al exponencial crecimiento de los conflictos y las persecuciones generalizadas que, por definición, no encuentran amparo en la Convención de Ginebra de 1951, como se ha señalado, el estatuto de protección subsidiaria se erige como “la manifestación principal del ejercicio del derecho de asilo en Europa”³¹⁰.

4.2. La consideración de daños graves como requisito para la obtención del estatuto de protección subsidiaria

A tenor de lo establecido en el art. 15 de la Directiva de Reconocimiento, constituyen daños graves:

- “a) la condena a la pena de muerte o su ejecución, o
- b) la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes de un solicitante en su país de origen, o
- c) las amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno”.

³⁰⁸ Conclusiones del AG Paolo Mengozzi, presentadas el 18 de julio de 2013, *Diakité*, asunto C-285/12, punto 85.

³⁰⁹ Esto se pone de manifiesto en el Capítulo III de la Directiva de Reconocimiento, titulado “requisitos para ser refugiado” cuyos arts. 9 y 10 establecen los actos de persecución y los motivos de persecución, respectivamente. Por su parte, en el Capítulo V, titulado “requisitos para obtener la protección subsidiaria”, se establece en el art. 15 se enumeran los daños graves. Asimismo, a diferencia de lo que ocurre con el estatuto de refugiado, cuyas causas de cese están establecidas por la Convención de Ginebra, los motivos de cese del estatuto de protección subsidiaria, recogidos en la normativa regional europea, establecen únicamente una falta de necesidad de protección, sin una causa específica, lo que deriva en un amplio margen de actuación a los Estados; FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., *Asilo y Refugio en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2007, p. 111.

³¹⁰ ARENAS HIDALGO, N., “El derecho de asilo en el marco de la política comunitaria de contención de flujos migratorios. Tendencias”, *REE*, n. 50, 2008, 125-146, p. 129. En este sentido, ADINOLFI, A., “Riconoscimento dello *status* di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo?”, *RDI*, vol. 92, n.3, 2009, 669-696, p. 686.

El fundamento de la protección subsidiaria es proteger al sujeto que tiene motivos fundados para creer que puede correr un riesgo real de sufrir alguno de los daños establecidos en el citado art. 15 en caso de ser expulsado a su Estado de origen. Por lo que el potencial riesgo de que un sujeto sufra alguno de tales daños es el sustrato del estatuto de la protección subsidiaria³¹¹.

En primer lugar, el estatuto de protección subsidiaria protege al extranjero contra un daño grave ocasionado por la condena a la pena de muerte o a su ejecución en el Estado de origen. Esta protección coincide con la brindada por el TEDH en el marco de la aplicación del art. 2 del CEDH (Capítulo II.1.2.), que impide la expulsión de un extranjero a un Estado en el que existe riesgo de que la persona pueda estar efectivamente sujeta a pena de muerte o se vea expuesta al “síndrome del corredor de la muerte”³¹².

En segundo lugar, la protección que brinda el estatuto de protección subsidiaria contra los daños graves, la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes de un solicitante en su país de origen, se corresponde, en esencia, con la protección ofrecida por el art. 3 del CEDH³¹³. No obstante, la Comisión Europea ha dejado claro que este tipo de daño grave no aborda todos los ámbitos que abarca la jurisprudencia del TEDH en relación con art. 3 del CEDH³¹⁴. El legislador europeo quiso limitar la protección subsidiaria únicamente a los supuestos en los que tales tratos sean causados directamente por parte del Estado de origen del solicitante³¹⁵. Mientras que TEDH en ocasiones protege al individuo, por ejemplo, ante situaciones de violencia generalizada de nivel extremo (Capítulo III.3.2.1.).

³¹¹ STJUE de 30 de enero de 2014, *Diakité*, C-285/12, apdo. 18; STJCE de 17 de febrero de 2009, *Elgafaji*, asunto C-465/07, apdo. 31. Por lo tanto, en lo que a la concesión de protección subsidiaria respecta, no se requiere ya tanto la constatación de una persecución individual, que es pilar en el que se sustenta el estatuto de refugiado, como la valoración de la situación en el Estado de origen y el riesgo de sufrir daños graves; VV.AA., “Legislación, jurisprudencia y derechos de los inmigrantes”, en ARANGO, J., MAHIA, R., MOYA, D. y SÁNCHEZ-MONTIJANO, E. (Dirs.), “*El año de los refugiados*”. *Anuario CIDOB de la Inmigración 2015-2016 (nueva época)*, CIDOB, Barcelona, 2016, 272-293, p. 278.

³¹² En este sentido, véase, CHERUBINI, F., *L’asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell’Unione Europea*, Cacucci Editore, Bari, 2012, p. 218.

³¹³ STJCE de 17 de febrero de 2009, *Elgafaji*, asunto C-465/07, apdo. 28. El TJUE sostiene que la letra b) del art. 15 debe interpretarse y aplicarse respetando los derechos garantizados en el art. 4 de la CDFUE que establece la prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes. El TJUE afirma que esta prohibición es uno de los valores fundamentales de la Unión y de sus EM, además de tener carácter absoluto por ser indisoluble del respeto a la dignidad a la que alude el art. 1 de la CDFUE; STJUE de 24 de abril de 2018, *MP*, asunto C-353/16, apdo. 36.

³¹⁴ Comisión Europea, “Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los requisitos y el estatuto al que pueden optar ciudadanos de países terceros y personas apátridas para ser refugiados o beneficiarios de otros tipos de protección internacional”, (2002/C 51 E/17) COM(2001) 510 final 2001/0207(CNS), p. 6.

³¹⁵ STJUE de 18 de diciembre de 2014, *Mohamed M’Bodj*, asunto C-542/13, apdo. 34.

Del art. 6 de la Directiva de Reconocimiento –“agentes de persecución o causantes de daños graves”³¹⁶– se desprende que los daños graves deben nacer de la conducta de un tercero y no pueden derivar sólo, por ejemplo, de las insuficiencias generales del sistema sanitario del país de origen³¹⁷. No obstante, la interpretación del art. 15 de la Directiva de Reconocimiento con arreglo al art. 3 del CEDH, puede permitir la concesión de la protección subsidiaria únicamente en casos muy excepcionales. Estos casos se dan cuando las consideraciones humanitarias por las que se decide conceder el estatuto de protección subsidiaria con el fin de evitar la expulsión del individuo tienen un peso importante, conforme a la jurisprudencia del TEDH³¹⁸.

La protección subsidiaria es un mecanismo que aspira a ser autónomo y distinto de las obligaciones que incumben a los EP de conformidad con el art. 3 del CEDH y la jurisprudencia desarrollada por el TEDH sobre este precepto³¹⁹. En definitiva, no basta que el extranjero demuestre el riesgo de sufrir un trato inhumano o degradante en el caso de regresar a su Estado de origen. Además, debe demostrar que el riesgo proviene de factores que, directa o indirectamente, son atribuibles a las autoridades estatales del Estado de origen. En este sentido esta atribución debe darse, bien porque las amenazas que afectan al extranjero en cuestión proceden del propio Estado o son toleradas por este, o bien porque provienen de grupos a título particular sin que el Estado pueda brindar una protección efectiva a sus nacionales³²⁰. Por esta razón, los daños graves a los que alude el art. 15, letra b) no pueden derivar, por ejemplo, de insuficiencias generales del sistema sanitario del país de origen. En este sentido en *M’Bodj* el TJUE sostiene que “el riesgo de deterioro del estado de salud de un nacional de un tercer país aquejado de una grave enfermedad, derivado de la inexistencia de tratamientos adecuados en su país de origen,

³¹⁶ El art. 6 de dispone que: “Agentes de persecución o causantes de daños graves podrán ser, entre otros: a) el Estado; b) partidos u organizaciones que controlan el Estado o una parte considerable de su territorio; c) agentes no estatales, si puede demostrarse que los agentes mencionados en las letras a) y b), incluidas las organizaciones internacionales, no pueden o no quieren proporcionar la protección contra la persecución o los daños graves definida en el artículo 7”.

³¹⁷ STJUE de 18 de diciembre de 2014, *Mohamed M’Bodj*, asunto C-542/13, apdo. 35. En este caso, el Sr. *Mohamed M’Bodj* presenta ante las autoridades belgas una solicitud de autorización de de residencia por razones médicas a causa de las importantes secuelas que padece a raíz de una agresión sufrida en Bélgica. Esta solicitud se le concede, lo que le permite vivir por tiempo ilimitado en Bélgica a razón de su estado de salud. Asimismo, el Sr. *M’Bodj* presenta una solicitud de prestaciones sustitutivas de ingresos y de integración que les denegada.

³¹⁸ STJUE de 18 de diciembre de 2014, *Mohamed M’Bodj*, asunto C-542/13, apdos. 39 y 40.

³¹⁹ La jurisprudencia del TEDH en relación al art. 3 del CEDH en materia de expulsión de extranjeros será objeto de estudio, *in extenso*, en el Capítulo III.

³²⁰ Conclusiones del AG Yves Bot, presentadas el 17 de julio de 2014, *Mohamed M’Bodj*, asunto C-542/13, punto 58.

sin que concurra una denegación deliberada de asistencia a ese nacional de un tercer país, no es suficiente para concederle la protección subsidiaria”³²¹ (Capítulo III.7.1.).

Sin embargo, recientemente, el tribunal de Luxemburgo ha modificado su jurisprudencia. En concreto, ha mostrado especial atención a la particular vulnerabilidad que presentan aquellas personas cuyas afecciones psicológicas, que pueden verse agravadas por la expulsión, han sido ocasionadas por los tratos inhumanos o degradantes causados en su Estado de origen³²². En estos casos la expulsión de un extranjero que padezca una enfermedad mental o física particularmente grave constituye un trato inhumano o degradante, si esa expulsión implica un riesgo real y un deterioro significativo del estado de salud del sujeto³²³. En el asunto *MP*, el solicitante, nacional de Sri Lanka, alega que, en caso de ser expulsado a este Estado, se vería abocado al suicidio debido a las secuelas psicológicas que padece como consecuencia de los actos de tortura a los que se vio sometido en el pasado. El TJUE sostiene que una persona que se encuentra en una circunstancia como la descrita en *MP*, tiene derecho al estatuto de protección subsidiaria, siempre y cuando en el Estado de origen se vea privada de recibir los cuidados necesarios para tratar las secuelas psicológicas y físicas que presenta³²⁴.

La postura del TJUE en *MP* se aparta, al menos en parte, de su jurisprudencia anterior establecida en *M'Bodj*, en la que se atendía a una interpretación teleológica de la Directiva de Reconocimiento, conforme a la cual la ausencia de medios en el Estado de origen no se considera como daño grave a los efectos de la concesión del estatuto de protección subsidiaria. Únicamente se deben tener en cuenta los daños infringidos deliberadamente. En las circunstancias imperantes en *MP* no hay un actor frente al que el EM deba conceder protección al extranjero. En esta sentencia el TJUE se aparta de una interpretación estricta de la Directiva de Reconocimiento y se acerca a la jurisprudencia desarrollada por el TEDH en relación al art. 3 del CEDH. Como se analiza en Capítulo III.7., el TEDH protege al extranjero contra la expulsión en circunstancias excepcionales en las que la deficiencia del sistema sanitario en el Estado de origen, entre otras causas, puede ocasionar al extranjero un trato contrario al art. 3 del CEDH.

³²¹ STJUE de 18 de diciembre de 2014, *Mohamed M'Bodj*, asunto C-542/13, apdos. 35 y 36.

³²² STJUE de 24 de abril de 2018, *MP*, asunto C-353/16, apdo. 42; STJUE de 16 de febrero de 2017, *C.K y otros*, asunto C-578/16 PPU, apdo. 76.

³²³ STJUE de 24 de abril de 2018, *MP*, asunto C-353/16, apdo. 41; STJUE de 16 de febrero de 2017, *C.K y otros*, asunto C-578/16 PPU, apdo. 74.

³²⁴ STJUE de 24 de abril de 2018, *MP*, asunto C-353/16, parte dispositiva.

En tercer lugar, de conformidad con la letra c) del art. 15 de la Directiva de Reconocimiento, el estatuto de protección subsidiaria protege al extranjero contra las “amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno”. A diferencia de los otros dos supuestos previstos en las letras a) y b) del art. 15, el daño grave previsto en la letra c) no obedece a las obligaciones impuestas por los órganos de control de los instrumentos internacionales de DDHH³²⁵. Más bien se basa en el art. 2, letra c), de la Directiva 2001/55/CE relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas³²⁶. Pese a que la interpretación del daño previsto en la letra c) del art. 15 se realice de manera autónoma a los arts. 2 y 3 del CEDH, su interpretación debe llevarse a cabo de conformidad con el respeto de los derechos fundamentales garantizados por el CEDH³²⁷.

La protección del extranjero contra el riesgo de un daño derivado de la letra c) del art. 15 ha sido planteada al TJUE en el marco de una cuestión prejudicial en el asunto *Elgafaji*. El solicitante, el Sr. *Elgafaji*, es un musulmán de rito chiita que procede de Iraq, donde había trabajado al servicio de una empresa británica encargada de la seguridad del transporte de personas desde el aeropuerto hasta la denominada “zona verde”. El solicitante es amenazado de muerte por considerarse “colaborador” británico, por la nacionalidad de la empresa donde trabajaba. Es importante subrayar que el tío del solicitante, trabajador de la misma empresa, había sido anteriormente asesinado por las milicias como consecuencia de un acto terrorista. El TJUE mantiene que:

³²⁵ Como señala SÁNCHEZ LEGIDO, se trata de un supuesto que, en cierto modo, aparece recogido en el régimen de protección temporal “para supuestos institucionalmente constatados de afluencia masiva de personas, el cual eso sí revista un carácter provisional”; SÁNCHEZ LEGIDO, A., “Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: a propósito de la nueva ley de asilo”, *REEI*, n. 18, 2009, 1-32, p. 10. Sobre la interpretación autónoma del art. 15, letra c), en el asunto *Elgafaji*, véase, ACOSTA SÁNCHEZ, M.A. y REMI NJIKI, R., “TJCE — Sentencia de 17.02.2003, *Elgafaji* c. Staatssecretaris Van Justitie — C-465/07 — Política europea de asilo y refugio-Artículo 3 CEDH — Protección subsidiaria-Amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado-Prueba”, *RDCE*, n. 35, 2010, 239-25

³²⁶ Directiva 2001/55/CE del Consejo de 20 de julio de 2001 relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida (*DOCE* L 212/12, de 7 de agosto de 2001). Aunque inicialmente la propuesta de la Comisión recogía las violaciones sistemáticas o generalizadas de los DDHH este inciso se suprimió, dando lugar a la referencia “amenazas graves e individuales”; SALAMANCA AGUADO, M.E., “La protección subsidiaria de personas amenazadas por violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado. Comentario a la sentencia del TJCE de 17 de febrero de 2009, en el asunto *Elgafaji* (C-465/07)”, *RGDE*, n. 19, 2009, 1-18, p. 6.

³²⁷ STJCE de 17 de febrero de 2009, *Elgafaji*, asunto C-465/07, apdo. 28.

“los elementos colectivos juegan un papel importante para la aplicación del artículo 15, letra c), de la Directiva, en el sentido de que la persona afectada pertenezca, como otras personas, a un círculo de víctimas potenciales de una violencia indiscriminada en caso de conflicto armado interno o internacional”³²⁸.

La letra c) del art. 15 no concreta el contenido del término “conflicto armado internacional o interno”, como contexto en el deben darse las amenazas graves para que puedan enmarcarse en esta disposición. Para el TJUE no cabe duda de que el legislador europeo quiso situar en el mismo nivel de riesgo ambos tipos de conflictos –internacional e interno– sin establecer, a estos efectos, distinción alguna. El DIH sí que establece diferencia entre “conflictos armados internacionales”, y “conflictos armados sin carácter internacional”, siempre y cuando estos últimos conlleven el empleo de una violencia indiscriminada³²⁹.

Ante la indeterminación de la Directiva de Reconocimiento respecto a las nociones de “conflicto internacional” y de “conflicto interno”, se puede plantear si estos términos deben entenderse al calor de lo establecido en el DIH³³⁰. Sin embargo, el AG sostiene que el DIH es totalmente distinto al régimen de la protección subsidiaria, habida cuenta de los fines y mecanismos de protección de cada régimen³³¹. En este sentido, el TJUE ya ha advertido de lo inapropiado que resulta interpretar conceptos de la Directiva de Reconocimiento conforme a lo establecido en contextos diferentes, aunque estos formen parte del DUE³³². Cuando una disposición del DUE no contiene una remisión expresa al Derecho de los EM, en aras a determinar su sentido y alcance, la disposición, con carácter general, debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme³³³. Por consiguiente,

³²⁸ STJCE de 17 de febrero de 2009, *Elgafaji*, asunto C-465/07, apdo. 28.

³²⁹ STJUE de 30 de enero de 2014, *Diakité*, asunto C-285/12, apdo. 20.

³³⁰ En concreto, a la luz del art. 3, común a los cuatro Convenios de Ginebra, que abarca los conflictos armados no internacionales y el art. 1, apdo. 1, del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977, que desarrolla y completa el citado art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra (*BOE* n. 177, de 26 de julio de 1989),

³³¹ Como subrayó el AG en el asunto *Diakité*, la Directiva de reconocimiento incluye varias remisiones a diversos instrumentos de DI ratificados por los EM, lo que ofrece indicaciones sobre el modo en el que deben ser interpretadas las disposiciones de la Directiva. En este estado de cosas, la meritada norma no contiene ninguna remisión expresa al DIH. Por su parte, algunas vulneraciones del DIH conllevan la responsabilidad penal del individuo, lo que pone de manifiesto la relación entre el DIH y el Derecho Penal Internacional, relación que no se aprecia con el procedimiento para la concesión de la protección subsidiaria; Conclusiones del AG Paolo Mengozzi, presentadas el 18 de julio de 2013, *Diakité*, asunto C-285/12, punto 70 a 75.

³³² STJUE de 9 de noviembre de 2010, *B. y D.*, asuntos acumulados, C-57/09 y C-101/09, apdos. 89 a 94.

³³³ Entre otras, STJUE de 1 de marzo de 2012, *González Alonso*, asunto C-166/11, apdo. 25; STJUE de 21 de octubre de 2010, *Padawan*, asunto C-467/08, apdo. 32; STJCE de 18 de diciembre de 2007, *Société*

en el caso que ocupa, para interpretar el significado y el alcance del término “conflicto armado interno” se hace necesario seguir los criterios interpretativos establecidos por el TJUE. Es decir, se trata de acudir al sentido habitual de los términos empleados en el lenguaje común, al contexto en el que son utilizados, así como de tener en cuenta los objetivos que persigue la norma en la que se incluye el término en cuestión³³⁴.

Conforme al lenguaje común, se entiende por “conflicto armado interno” la situación en la que las tropas regulares de un Estado se enfrentan a uno o varios grupos armados o cuando dos o más grupos armados se enfrenten entre sí³³⁵. Lo que caracteriza a esta clase de conflictos es el grado de violencia que se origina en el tercer Estado en cuestión, con independencia de los rasgos propios del conflicto³³⁶. Además, según el TJUE el grado de violencia indiscriminada debe llegar hasta tal punto que las autoridades competentes de evaluar el daño consideren que la mera expulsión de un civil a ese Estado o región puede llevarle, por su mera presencia, a sufrir las amenazas a las que se refiere la letra c) del art. 15 de la Directiva de Reconocimiento³³⁷. Esta jurisprudencia del TJUE es conforme con la dictada por el TEDH. Este último órgano judicial no excluye la posibilidad de que, ante una situación de violencia generalizada en el Estado de destino con un nivel de intensidad suficiente, la expulsión de un extranjero a este lugar implique una violación el art. 3 del CEDH. En cualquier caso, esta apreciación solo se da en los casos de violencia más

Pipeline Méditerranée y Rhône, asunto C-314/06, apdo. 21; STJCE de 19 de septiembre de 2000, *Linster*, asunto C-287/98, apdo. 43.

³³⁴ Entre otras, STJUE de 22 de noviembre de 2012, *Josef Probst*, asunto C-119/12, apdo. 20; STJUE de 5 de julio de 2010, *Content Services Ltd*, asunto C-49/11, apdo. 32; STJCE de 22 de diciembre de 2008, *Friederike Wallentin-Hermann*, asunto C-549/07, apdo. 17.

³³⁵ STJUE de 30 de enero de 2014, *Diakité*, asunto C-285/12, apdo. 35.

³³⁶ Lo importante no es la intensidad de los enfrentamientos armados, el nivel de organización de las fuerzas implicadas o la duración del conflicto; lo importante para determinar el grado de riesgo exigido para la concesión de la protección subsidiaria es la intensidad de la violencia y el consecuente riesgo que se deriva para el solicitante. Por consiguiente, un conflicto con menos fuerzas implicadas y un corto periodo de duración puede originar un conflicto interno en sentido del art. 15, letra c); mientras que un conflicto con una mayor intensidad y un periodo de duración más extenso puede no llegar al grado de violencia generalizada e indiscriminada exigido; Conclusiones del AG Paolo Mengozzi, presentadas el 18 de julio de 2013, *Diakité*, asunto C-285/12, puntos 91 y 92.

³³⁷ STJCE de 17 de febrero de 2009, *Elgafaji*, asunto C-465/07, apdo. 35. Como se extrae del considerando 35 de la Directiva 2011/95/UE dicha violencia indiscriminada debe superar los riesgos a los que, en general, se ve expuesta la población de un país o un sector de la población. A raíz del pronunciamiento *Elgafaji*, en el cual se asentaron las bases relacionadas con el concepto de amenazas individuales y el grado de violencia indiscriminada, EM como Países Bajos y Reino Unido modificaron sus practica en aras a seguir esta línea interpretativa; ACNUR, *Safe at last? Law and practice in selected EU member states with respect to asylum-seekers fleeing indiscriminate violence*, Julio 2011, p. 65 y ss. La doctrina destaca el intento admirable TJUE hace en su jurisprudencia para que el art. 15, letra c), de la Directiva de Reconocimiento sea inteligible y factible; COSTELLO, C., *The human rights of migrants and refugees in European Law*, Oxford University Press, United Kingdom, 2016, p. 317.

extremos, donde existe un riesgo real de malos tratos por el simple hecho de que el individuo sea expuesto a un alto nivel de violencia al ser expulsado (Capítulo III.3.2.1)³³⁸.

En última instancia, el adjetivo “indiscriminada” que acompaña a la noción de violencia puede denotar la despersonalización de los receptores del daño; es decir, que no se exija que la situación de violencia indiscriminada vaya dirigida en concreto a ningún sujeto. A pesar de todo, “cuanto más pueda demostrar el solicitante que está afectado específicamente debido a elementos propios de su situación personal, menos elevado será el grado de violencia indiscriminada exigido para que pueda acogerse a la protección subsidiaria”³³⁹.

5. A MODO DE RECAPITULACIÓN

La jurisprudencia estudiada en este Capítulo con carácter general pone de manifiesto que el desarrollado del DI de los Refugiados ha supuesto una clara erosión de la soberanía estatal en materia de expulsión. El análisis de la jurisprudencia, sobre todo del TJUE y en menor medida del TEDH, demuestra que en el ámbito regional europeo se aplica la propuesta de la CDI en el sentido de que la expulsión de extranjeros está condicionada por la normativa internacional relativa a la protección de los refugiados, cuyo instrumento jurídico principal es la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo de 1967.

Más en particular, el DUE ejecuta y desarrolla la Convención de Ginebra, instrumento normativo del que son parte todos los EM, a través de la Directiva de Reconocimiento. Esta norma, bajo la figura de la “protección internacional”, fusiona dos tipos de estatuto de protección: el refugio y la protección subsidiaria. La diferencia entre

³³⁸ STEDH de 17 de julio de 2008, *N.A. c. Reino Unido*, demanda n. 25904/07, párr. 116; STEDH de 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia*, demanda n. 37201/06, párr. 132.

³³⁹ STJCE de 17 de febrero de 2009, *Elgafaji*, asunto C-465/07, apdo. 34. En este sentido, FAVILLI, C., “La protezione internazionale nell’ordinamento dell’Unione Europea”, en FAVILLI, C. (Ed.), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Giappichelli, Torino, 2011, 121-145, p. 137. Algún autor ha criticado la incompatibilidad que el tenor literal del art. 15 proporciona al precepto, en relación con la amenazada individual; McADAM, J., *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford, 2007, p. 70. También se ha indicado la dificultad que entraña para los solicitantes, que huyen de un territorio debido a un cuadro de violencia indiscriminada con motivo de un conflicto armado y que no entran dentro de la noción de refugiado, acreditar dicho elemento subjetivo que justifique su afectación personal; European Council on Refugees and Exiles, “Complementary/Subsidiary Forms of Protection in the EU States; An Overview”. July 2004. p. 27. Disponible en <http://www.refworld.org/docid/4a54bc3c1a.html> ACNUR mantiene que el término “individual” puede ser de difícil interpretación; más todavía si se tiene presente que la finalidad es la de ofrecer protección a las necesidades surgidas en el contexto de una situación de violencia “generalizada”. Por ello este organismo recomienda a los EM no adoptar un enfoque restrictivo de este extremo, a los efectos de otorgar la protección subsidiaria; ACNUR, “Declaración del ACNUR sobre la protección subsidiaria a personas amenazadas por violencia indiscriminada, bajo la Directiva de Reconocimiento del COE”, enero de 2008, p. 5.

ambos estatutos son los requisitos para su concesión. Si bien, una vez reconocido uno u otro, el contenido jurídico de ambos es el mismo.

En un buen número de Sentencias dictadas como respuesta a cuestiones prejudiciales que se le han planteado, el TJUE ha interpretado y aplicado al contenido de la Directiva de Reconocimiento, lo que le ha llevado a convertirse, en alguna medida, en un órgano jurisdiccional de asilo en la UE. Con esta jurisprudencia, el TJUE ha contribuido a erosionar en buena medida la soberanía de los EM por lo que se refiere a la expulsión de los extranjeros. Los EM deben atender a los criterios establecidos por el TJUE a la hora de conceder la protección internacional.

En este sentido, cabe concluir, en primer lugar y respecto a la valoración de los hechos y circunstancias que fundamentan la solicitud de protección internacional, que los EM disponen de autonomía procesal a la hora de tramitar las solicitudes, con el único límite de respetar los DDHH. En la evaluación de las solicitudes se distinguen dos etapas: una primera etapa, “recopiladora” de la información que acredita las razones por las que el extranjero necesita protección internacional, en la que el TJUE exige que las autoridades estatales cooperen con el extranjero. Esta cooperación también es requerida por el TEDH en la alegación del riesgo de devolución por tratos contrarios al art. 3 del CEDH, como se comprobará en el Capítulo III. Y una segunda etapa, “evaluadora”, en la que se aprecia cierta deferencia del TJUE con la autonomía procesal de los EM, al permitir que los órganos judiciales internos decidan cuándo es preceptivo recibir al solicitante en una audiencia oral relativa a su solicitud. Además, a la hora de verificar la credibilidad del relato del solicitante, el TJUE otorga a este último el beneficio de la duda sobre aquellas cuestiones que no están avaladas por pruebas documentales; tal y como se sostiene en la jurisprudencia del TEDH basada en el art. 3 del CEDH, objeto de estudio en el Capítulo III. Asimismo, el proceso de evaluación y el análisis de los documentos y pruebas aportados, para sustentar el riesgo de persecución o daño grave, establece como único límite el respeto de los DDHH del extranjero.

En segundo lugar, respecto al estatuto de refugiado, la clave de bóveda para el reconocimiento de este estatuto, conforme a la Directiva de Reconocimiento, es la “persecución individualizada” del extranjero. Los actos de persecución no se concretan en la Convención de Ginebra, pero sí se encuentran establecidos en la Directiva de Reconocimiento. El TJUE, en su función de interpretar y aplicar el DUE, desarrolla una jurisprudencia que establece un umbral común de apreciación del riesgo que permite a los EM apreciar la existencia de un acto de persecución en caso de que el extranjero

regrese a su Estado de origen. Este umbral de apreciación del riesgo de persecución se basa en una doble causa: en primer lugar, la naturaleza de la represión ejercida contra el extranjero en su Estado de origen, y, en segundo lugar, la consecuencia de tal represión.

Si bien se trata de criterios de apreciación un tanto ambiguos y generales, gracias a la jurisprudencia del TJUE se han podido definir algunos de los actos de persecución por los que cabe la concesión del estatuto de refugiado. Por un lado, respecto de los actos de persecución basados en procesamientos o penas desproporcionadas, el TJUE exige que se alcance un equilibrio entre la legitimidad del Estado de reprimir ciertas acciones y los derechos del extranjero. Por otro lado, en lo tocante a los procesamientos o penas por la negativa a incumplir el servicio militar, el TJUE aclara que dentro de la noción de servicio militar cabe incluir a todo el personal, incluidas aquellas personas que participan en las labores de apoyo logístico. Se trata de un ámbito que pone de relieve la complementariedad del TEDH y el TJUE. El TEDH, en el marco de la protección ofrecida por el art. 9 del CEDH, incluye el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar como un límite a la expulsión de extranjeros. Por su parte, el TJUE únicamente protege al sujeto de la expulsión mediante el estatuto de refugiado, cuando la oposición al servicio militar es la única opción del extranjero, al no poder este último acceder a un proceso por el cual se determine su estatuto de objetor. De ahí que la protección ofrecida por el TJUE en el marco del estatuto de refugiado por oposición al servicio militar, complementa la jurisprudencia del TEDH en este sentido.

El TJUE también se ha ocupado de aquellos motivos de persecución que obedecen a cuestiones de índole religiosa o pertenencia a un grupo social determinado, en concreto el formado por los homosexuales. Al igual que el TEDH, el TJUE considera que el riesgo de persecución no deviene del ejercicio del derecho a practicar una religión o expresar una identidad sexual, sino del riesgo derivado de tal ejercicio. Para evitar este riesgo, el tribunal de Luxemburgo no exige al extranjero que evite el ejercicio o la manifestación pública de sus derechos, como se demuestra en *Y. y Z.* Lo que evidencia que el TJUE protege el efectivo disfrute de los derechos de los extranjeros interpretando los motivos por los que su expulsión no es conforme con el DUE.

La protección del derecho del extranjero a vivir activamente su libertad religiosa conlleva una erosión de la soberanía estatal en el ámbito de la expulsión de los extranjeros, debido a la obligación del Estado de conceder el estatuto de refugiado por estos motivos. En suma, el análisis de esta jurisprudencia demuestra que el TJUE aboga por la protección efectiva de los derechos de los extranjeros en detrimento de la soberanía

del Estado en materia de expulsión. Si bien, ni el TEDH ni el TJUE protegen el derecho a la libertad religiosa en todas sus manifestaciones. Solamente protegen la expresión de la libertad religiosa que conlleva un riesgo de tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes para el extranjero; por tanto, ninguno de estos dos tribunales ofrece una protección al derecho a la libertad religiosa *per se*, sino que la protección va dirigida a evitar el riesgo derivado de la demostración de este derecho.

Por lo que se refiere a las causas de cese del estatuto de refugiado, la Directiva de Reconocimiento reproduce las establecidas en la Convención de Ginebra. El TJUE únicamente se ha ocupado de concretar el motivo por el que el estatuto de refugiado puede ser revocado cuando desaparecen las causas que motivaron su concesión. Para ello, el TJUE vuelve a demandar una protección efectiva del extranjero, al exigir que el Estado de destino cuente con un sistema de cierta eficacia y estabilidad que permita proteger al extranjero. Para valorar si un Estado dispone tal sistema, un indicativo o parámetro evaluador puede ser la exigencia de que el Estado cuente con un nivel mínimo de recursos.

En lo tocante a las causas de exclusión de la concesión del estatuto de refugiado, el TJUE de nuevo trata de establecer un equilibrio entre los derechos del extranjero y la soberanía del Estado. En concreto, por una parte, el TJUE exige que la protección que sobre el extranjero ejerce el organismo de NU, diferente de ACNUR, sea efectiva para que constituya un motivo por el que se excluya al sujeto del estatuto de refugiado, como se pone de manifiesto en *Bolbol*. El TJUE es más deferente con el Estado si la exclusión de dicho estatuto se debe a la mera participación del extranjero en actos de terrorismo, como sucede en *Lounani*. En cualquier caso, el TJUE atiende al clásico principio general de proporcionalidad, a la hora de valorar esta cláusula de exclusión.

En cuanto al principio de *non refoulement*, el Proyecto de la CDI recoge la prohibición de expulsar a un refugiado, así como las excepciones a tal prohibición en los mismos términos que la Convención de Ginebra. Sin perjuicio de que puedan ser de aplicación otras normas generales que prohíban la expulsión hacia determinados países. En concreto, como se comprobará en el Capítulo III, la protección que ofrece el CEDH y la jurisprudencia del TEDH derivada del art. 3 ha desarrollado un principio de no devolución, con un alcance y contenido que rebasa el ámbito del DI de los refugiados y el principio de *non refoulement* recogido en la Convención de Ginebra. El órgano técnico-codificador amplía el alcance personal de la prohibición de expulsión de un refugiado establecida por la Convención de Ginebra, al extender la prohibición de expulsión a los solicitantes del estatuto, al menos durante el tiempo en el que se tramita la solicitud.

También la jurisprudencia del TJUE relativa al principio de *non refoulement* amplía el alcance personal de esta prohibición al abarcar a los beneficiarios del estatuto de protección subsidiaria. A la hora de aplicar las excepciones previstas a este principio, el TJUE recurre a la aplicación del criterio de proporcionalidad, lo que resulta especialmente importante, dadas las graves consecuencias para los DDHH del extranjero que acarrea la expulsión de una persona de la que se ha constatado el riesgo de persecución en caso de expulsión.

En tercer lugar, otro de los estatutos que se enmarca en la protección internacional brindada por la Directiva de Reconocimiento, es el estatuto de protección subsidiaria. Esta forma de reconocimiento de protección internacional puede valorarse como un desarrollo de la Convención de Ginebra a través del DUE en el marco del Espacio de Libertad Seguridad y Justicia. El TJUE ha dejado claros varios aspectos acerca de este estatuto: por un lado, no se trata de una alternativa al estatuto de refugiado, si no otra forma de protección internacional. Mientras que el estatuto de refugiado tiene como eje principal la persecución individual del extranjero, en el estatuto de protección subsidiaria es el riesgo de daño grave lo que promueve la necesidad de protección. Por tanto, se trata de una forma de protección gestada en el ámbito de la UE que complementa a la Convención de Ginebra de 1951.

De los daños graves previstos en la Directiva de Reconocimiento por los que cabe que se conceda al extranjero la protección subsidiaria, el TJUE se ha ocupado de concretar dos: el relativo a la condena a penas o tratos inhumanos o degradantes y el referido a las amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno.

El primero de los daños graves, la condena a penas o tratos inhumanos o degradantes se corresponde, en esencia, con la protección brindada por el art. 3 del CEDH según es interpretado y aplicado por TEDH, como se comprobará en el Capítulo III. Por tanto, el DUE ofrece protección a aquellos sujetos que no se ven amparados por la Convención de Ginebra y que, sin embargo, son necesitados de protección, mediante el estatuto de protección subsidiaria como desarrollo del art. 3 del CEDH. Si bien, el estatuto de protección subsidiaria no se crea para abordar todos los supuestos que abarca el art. 3 y la jurisprudencia del TEDH; sino únicamente aquellos casos en los que el riesgo de daño grave es causado por la conducta del Estado de origen. Sin embargo, recientemente el

TJUE, en *MP*, defiende una interpretación garantista con los derechos de los extranjeros, ampliando el alcance de los mismos, en la dirección seguida por el TEDH.

El TJUE también sigue la jurisprudencia establecida por el TEDH sobre el art. 3, con relación al segundo de los mencionados daños graves: las amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno. Como se comprobará en el Capítulo III, la jurisprudencia del TEDH, al igual que la del TJUE estudiada en el presente Capítulo, exige que el grado de violencia indiscriminada en el Estado de origen sea lo suficientemente elevado como para que la mera presencia del extranjero en él suponga un riesgo para su vida o integridad física.

En definitiva, el DI de los Refugiados, basado en la Convención de Ginebra, es interpretado y aplicado por el TJUE en un sentido que conlleva una notable erosión de la discrecionalidad de la que tradicionalmente disfrutaban los Estados en el ámbito de la expulsión de extranjeros. Ello es posible gracias al desarrollo de la estructura institucional de ámbito regional europeo, que ha permitido la creación de un órgano judicial que desempeña sus funciones en el contexto del funcionamiento de una OI de integración. Se debe destacar que la Convención de Ginebra, tratado internacional con vocación de universalidad, no cuenta con un órgano judicial encargado de asegurar la salvaguardia de sus disposiciones respecto de todos los Estados partes. La labor jurisprudencial del TJUE permite interpretar las normas contenidas en el DI de los Refugiados a través de sus pronunciamientos en el marco de la UE. Lo que, en última instancia, condiciona la interpretación y aplicación de la Convención de Ginebra por parte de los órganos estatales de los EM. Por tanto, el control judicial ejercido por el TJUE favorece el desarrollo de la protección de los derechos de los extranjeros objeto de expulsión, lo que, a su vez, contribuye a erosionar en alguna medida la soberanía de los Estados en materia de expulsión de extranjeros.

Asimismo, a través de la interpretación del DUE y, en concreto, de las normas relativas al reconocimiento de protección internacional como límite a la expulsión de extranjeros, el TJUE protege sus DDHH, teniendo muy en cuenta a este respecto la jurisprudencia del TEDH. Por lo que se refiere a la interpretación y aplicación del DI de los Refugiados como límite a la expulsión de extranjeros, como se ha comprobado no se aprecian divergencias importantes entre la jurisprudencia de ambos tribunales europeos. Por lo que no cabe apreciar riesgos de fragmentación en la aplicación del DI en este ámbito. Más bien se constata un fluido diálogo judicial entre estos dos órganos

jurisdiccionales, cuya jurisprudencia se complementa y se influye recíprocamente a la hora de brindar una efectiva protección al extranjero objeto de expulsión.

En las siguientes páginas se comprobará hasta dónde llega la erosión de la soberanía estatal en materia de expulsión de extranjeros, gracias al desarrollo del DI de los DDHH, según es interpretado y aplicado este importante sector normativo del DI contemporáneo en el ámbito regional europeo por parte del TEDH y del TJUE.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Capítulo II

EL RESPETO DE LOS DERECHOS INDEROGABLES (I): EL DERECHO A LA VIDA COMO LÍMITE A LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

1. INTRODUCCIÓN

En el Proyecto de la CDI se incluyen dos disposiciones dedicadas a la protección del derecho a la vida. Por una parte, en el art. 16 se regula la obligación general de proteger el derecho a la vida con el siguiente tenor literal: “el Estado expulsor protegerá el derecho a la vida del extranjero objeto de expulsión”. Como mantiene en sus comentarios la CDI, el derecho a la vida es inherente a la persona, tal y como se establece en el art. 6 del PIDCP y en otros instrumentos internacionales de carácter regional, como el art. 2 del CEDH; el art. 2 de la CDFUE; el art. 3 de la CADH; el art. 4 de la CADHP; y el art. 5 de la Carta Árabe de DDHH.

Por otra parte, el art. 23 del Proyecto titulado, “obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que su vida estaría amenazada”, establece lo siguiente:

“1. Ningún extranjero será expulsado a un Estado en el que su vida estaría amenazada, en particular por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, nacimiento u otra condición, o por cualquier otro motivo que no sea admisible en derecho internacional.

2. Un Estado que no aplique la pena de muerte no expulsará a un extranjero a un Estado en el que este haya sido condenado a muerte o corra un riesgo real de ser condenado a muerte, salvo que haya obtenido previamente la garantía de que no se impondrá dicha pena o que, de haber sido impuesta ya, no será ejecutada”.

El primer apartado de esta disposición concreta los motivos por los que no cabe la expulsión de un extranjero ante la existencia de un riesgo para su vida en un tercer Estado. La CDI reproduce los motivos de persecución y/o riesgo recogidos en el art. 33 de la Convención sobre el estatuto de los Refugiados, si bien considera que los motivos incluidos en este último precepto son demasiado restrictivos. Por ello, la CDI propone que la obligación de no expulsar a un extranjero en el que su vida estaría amenazada no se aplique solo a las personas que responden a la definición de refugiado, sino también a

los extranjeros en general³⁴⁰. Por esta razón, decide incorporar en el art. 23 los motivos tasados en el art. 14 del Proyecto de la CDI disposición que establece la “Prohibición de discriminación”³⁴¹.

Por lo que se refiere al apdo. 23.2, la CDI reconoce que, aunque la prohibición de expulsión ante un riesgo para el derecho a la vida del extranjero es una tendencia que se está consolidando en muchos Estados de todo el mundo, la inclusión de una disposición en este sentido se enmarca dentro del desarrollo progresivo del DI. El Ponente de la CDI mantiene que, de conformidad con el DI convencional y la jurisprudencia de los tribunales regionales sobre DDHH, tanto la pena de muerte, como la expulsión de un extranjero a un Estado en el que pueda ser condenado a muerte, constituyen acciones prohibidas. No obstante, la existencia de una práctica regional en este sentido no basta para confirmar la vigencia de una norma de DI consuetudinario general³⁴².

Por ello, el órgano codificador considera que la propuesta de art. 23.2 del Proyecto se sitúa en el terreno del desarrollo progresivo de DI, por dos razones. En primer lugar, la prohibición de expulsión en los términos expuestos en dicho artículo va dirigida tanto hacia los Estados que han derogado la pena de muerte como a los que, preservándola en su foro interno, no la ejecutan en la práctica. En segundo lugar, el alcance de la prohibición abarca tanto la pena de muerte impuesta, como su potencial imposición³⁴³.

La propuesta de art. 23.2 se inspira en la práctica seguida por el CDH en relación al art. 6 del PIDCP³⁴⁴, a pesar de que la pena de muerte es una condena que sigue

³⁴⁰ Proyecto de la CDI, Doc. A/69/10, comentario 2) a la propuesta de art. 23, p. 64.

³⁴¹ En concreto, la propuesta de art. 14 del Proyecto de la CDI establece que: “el Estado expulsor respetará los derechos del extranjero objeto de expulsión sin discriminación alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, o por cualquier otro motivo que no sea admisible en derecho internacional”. A su vez, las razones previstas en el art. 23, por las que no cabe la expulsión de un extranjero ante el riesgo de que su vida corra peligro, son las mismas que se encuentran recogidas en el art. 2.2 del PIDCP.

³⁴² En este sentido, CDI, “Quinto informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/611, 27 de marzo de 2009, p. 66.

³⁴³ Proyecto de la CDI, Doc. A/69/10, comentario 3) a la propuesta de art. 23, p. 64. De las opiniones más destacables, cabe citar la posición adoptada por Dinamarca, China y Singapur que propusieron la supresión del apdo. 2 del art. 23 por tratarse de una propuesta de desarrollo progresivo; CDI, “Noveno informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/670, 25 de marzo de 2014, párs. 56 y 57.

³⁴⁴ Aunque en un primer momento, el Relator especial quiere aunar en un mismo artículo el actual art. 16 “obligación de proteger el derecho a la vida del extranjero objeto de expulsión” y el art. 23 “obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que su vida estaría amenazada”, varios miembros de la CDI se mostraron partidarios de diferenciar las obligaciones del Estado expulsor de las del Estado de destino; Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 62º periodo de sesiones (3 de mayo a 4 de junio y 5 de julio a 6 de agosto de 2010). AGNU. Documentos Oficiales. 65º periodo de sesiones. Suplemento n. 10 (A/65/10), NU, Nueva York, 2010, p. 120.

aplicándose en algunos Estado del mundo³⁴⁵. En 1989, con el segundo Protocolo facultativo al PIDCP, se abole la pena de muerte y se exhorta a los EP a abolir la pena capital de sus respectivas jurisdicciones³⁴⁶. El art. 6.2 del Pacto establece que “en los países en que no hayan derogado la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con las leyes que estén en vigor”. El CDH ha interpretado esta disposición en la dirección que prohíbe a los Estados que hayan eliminado la pena de muerte de sus ordenamientos internos, expulsar a una persona a un Estado en el que haya sido condenada a la pena capital. No obstante, los EP sí la podrán expulsar cuando obtengan garantías del Estado de destino de que la eventual condena a muerte o su ejecución no se llevarán a cabo. Las garantías dadas en este contexto se denominan “garantías diplomáticas”; esta problemática será objeto de análisis en el Capítulo III.8.

Ejemplo de la práctica del CDH en este sentido es la comunicación *Judge c. Canadá*. El Sr. Judge se encuentra en Canadá y alega que su traslado a los EEUU conlleva una violación de su derecho a la vida, debido a que en EEUU se le aplicaría la pena capital. Sin embargo, Canadá ejecuta la expulsión. Por ello, el Comité considera que Canadá, como EP que ha abolido la pena de muerte, al expulsar al Sr. Judge a EEUU donde será condenado a la pena capital, viola su derecho a la vida contemplado en el art. 6.1 del PIDCP. El Comité reconoce que, aunque no son las autoridades de Canadá quienes imponen la pena de muerte al autor, con su expulsión a un país donde estaba condenado a muerte, Canadá “aportó el eslabón decisivo a la cadena causal que haría posible la ejecución del autor”³⁴⁷.

Del mismo modo, cuando en el Estado de destino se lleve a cabo un juicio contra el extranjero cuya sentencia conduce a la imposición de la pena de muerte, es especialmente

³⁴⁵ Según Amnistía Internacional, en total, existen 141 Estados que han abolido la pena de muerte. Sólo en 2016 se registraron ejecuciones en 23 Estados en los que se ejecutaron a unas 1.032 personas; Amnistía Internacional, “El Informe Global de condenas a muerte y ejecuciones en 2017 de Amnistía Internacional”. Disponible en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/temas/pena-de-muerte/> En 2017 los cinco Estados que más ejecutan la pena de muerte del mundo son (de mayor a menor): China, Irán, Arabia Saudí, Iraq, Pakistán; Amnistía Internacional, “Informe 2017 sobre la pena de muerte: Datos y cifras”, 12 de abril de 2018. Disponible en: https://www.es.amnesty.org/uploads/media/datos_y_cifras_2018.pdf

³⁴⁶ La finalidad de este Segundo Protocolo Facultativo es ampliar el alcance de las obligaciones sustantivas en virtud del Pacto relacionadas con el derecho a la vida, a través de la prohibición de la ejecución y abolición de la pena de muerte; CDH, Observación general n.24, “Cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto”, 52º período de sesiones (1994), pág. 15.

³⁴⁷ CDH, *Roger Judge C. Canadá*, CCPR/C/78/D/829/1998, 5 de agosto 2003, pág. 10.6. Véase la Observación general n. 6, “Derecho a la vida (artículo 6)”, 16º período de sesiones (1981).

importante que las garantías relativas a un juicio imparcial sean cumplidas, de conformidad con el art. 14 del PIDCP. De lo contrario, la condena a muerte constituye una violación del derecho a la vida. En *Sultanova c. Uzbekistán*, la demandante presenta la comunicación en nombre de sus dos hijos, Uigun y Oibek, nacionales de Uzbekistán. Ambos son condenados a la pena de muerte en este Estado. La autora alega todas las irregularidades acontecidas en el juicio en el que se decidió la pena a muerte de sus hijos³⁴⁸. A la luz de estos hechos el CDH recuerda que la imposición de una sentencia de muerte tras la celebración de un juicio en el que las disposiciones del Pacto no han sido respetadas constituye una violación del art. 6 del Pacto. En este caso, el CDH considera que la condena a muerte del Sr. Uigun y el Sr. Oibek vulnera el derecho a un juicio justo establecido en el art. 14 del Pacto y, por consiguiente, vulnera el art. 6 de este mismo tratado³⁴⁹.

Por tanto, el DI general no protege el derecho a la vida como un derecho absoluto, puesto que hay Estados en los que actualmente se encuentra vigente la condena a muerte. El DI únicamente prohíbe que se prive arbitrariamente del derecho a la vida, y más en concreto, prohíbe la condena a muerte en el marco de un juicio sin todas las garantías³⁵⁰.

Pero en el ámbito regional se manifiesta una clara tendencia hacia la prohibición de la pena de muerte³⁵¹. En el ámbito regional europeo, la prohibición de expulsar a un extranjero a un Estado en el que su vida está amenazada, o en el que puede ser o corre un

Universitat d'Alacant

³⁴⁸ En concreto, manifiesta que no es informada de la fecha del juicio de sus hijos, por lo que no puede contratar a un abogado para que ejerza la defensa de estos. El juicio es celebrado a puerta cerrada, por lo que ni siquiera los testigos de la parte acusadora pueden acceder a la sala. Además, alega que el juez que preside actúa de forma acusatoria. Asimismo, sus hijos señalan que son objeto de tortura con el fin de que declararan su culpabilidad. Para ello, además de a torturas, los someten a coacciones, como la vejación de su madre delante de ellos o las amenazas contra uno de ellos de violar a su mujer.

³⁴⁹ CDH, comunicación n. 915/2000, *Sultanova c. Uzbekistán*, CCPR/C/86/D/915/2000, 30 de marzo de 2006, pár. 7.6. En este sentido, CDH, comunicación n. 1044/2002, *Davlatbibi Shukurova c. Tayikistán*, CCPR/C/86/D/1044/2002, 17 de marzo de 2006, pár. 8.6; CDH, comunicación n. 913/2000, *Lawrence Chan c. Guyana*, CCPR/C/85/D/913/2000, 31 de octubre de 2005, pár. 5.4; CDH, Comunicación n. 1167/2003, *Ramil Rayos c. Filipinas*, CCPR/C/81/D/1167/2003, 27 de julio de 2004, pár. 7.3; CDH, comunicación n. 781/1997, *Aliiev c. Ucrania*, CCPR/C/78/D/781/1997, 7 de agosto de 2003, pár. 7.3. En este sentido véase, CDH, 90º período de sesiones (2007), Observación general n. 32, “El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia”, pár. 59.

³⁵⁰ En este sentido, MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., “Derechos fundamentales absolutamente inderogables”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., GÓMEZ GALÁN, M., y DE FARAMIÑÁN GILBERT, J.M. (Coords.), *Los derechos humanos en la sociedad global: mecanismos y vías prácticas para su defensa*, Cideal. Centro de Investigación Europa-España-América Latina, Madrid, 2011, 15-53, p. 17.

³⁵¹ Tanto el art. 3 de la CADH, como el art. 4 de la CADHP, el art. 5 de la Carta Árabe de DDHH y el art. 3 del CEDH reconocen el derecho a la vida. En el ámbito particular de la UE, el art. 3 de la CDFUE reconoce el derecho a la integridad física y psíquica de la persona. Respecto a la pena de muerte, en 1990 se adopta un Protocolo a la CADH relativo a la abolición de la pena de muerte, cuyo art. 2 señala que: “no se admitirá reserva al presente Protocolo”.

riesgo real de ser condenado a muerte, se deriva del art. 2 del CEDH y del Protocolo n. 13; como a continuación se demostrará en el epígrafe 2.1.

El presente Capítulo estudia la jurisprudencia del TEDH relativa al respeto del derecho a la vida como límite a la expulsión de extranjeros. El TJUE no se ha pronunciado sobre este tema, sin perjuicio de que el art. 2 de la CDFUE reconozca, con carácter general, el derecho a la vida de todas las personas. Por ello este Capítulo analiza únicamente la jurisprudencia del TEDH relativa a la interpretación y aplicación del art. 2 del CEDH en situaciones en las que se plantea la expulsión de extranjeros (epígrafe 2). Más concretamente, se estudia la paulatina abolición de la pena de muerte como límite a la expulsión de extranjeros (2.1.). Posteriormente, la problemática jurídica en relación a la aplicación de la pena de muerte y la denegación de un juicio justo en el Estado de destino (2.2). Seguidamente se da cuenta de cómo la jurisprudencia del TEDH exige un rol activo al EP en la salvaguardia del derecho a la vida de los extranjeros objeto de expulsión (2.3); en particular, a la hora de investigar las circunstancias que rodean el peligro para la vida del extranjero (2.3.1), así como en relación a otros problemas relativos a la expulsión, como es el rescate de personas en peligro en el mar (2.3.2.).

Para finalizar, se ofrece al modo de recapitulación una síntesis y valoración de la jurisprudencia estudiada en el presente Capítulo (3).

2. EL RESPETO DEL DERECHO A LA VIDA EN EL COE

2.1. La paulatina abolición de la pena de muerte como límite a la expulsión de extranjeros

En la versión adoptada en 1950 del art. 2.1 del CEDH, se permite la pena de muerte para los delitos cometidos cuya sanción prevista es esta condena. Posteriormente, con la adopción del Protocolo n. 6 en 1983³⁵², el CEDH se convierte en el primer instrumento vinculante, tanto en Europa como en el resto del mundo, que prevé la abolición de la pena de muerte en tiempos de paz, sin posibilidad de admitir excepciones en situaciones de emergencia ni tampoco reservas. De conformidad con el art. 2 de dicho Protocolo, sólo se puede establecer la pena de muerte por actos cometidos en tiempo de guerra o de amenaza inminente de guerra. Todos los EM del COE han firmado el Protocolo n. 6 y

³⁵² Protocolo n. 6 al CEDH para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte, de 28 de abril de 1983 (BOE n. 92, de 17 de abril de 1985).

todos, salvo la Federación de Rusia, lo han ratificado³⁵³. Según la jurisprudencia del TEDH que interpreta y aplica el Protocolo n. 6 al CEDH, un EP puede vulnerar el CEDH por expulsar a un extranjero a un Estado en el que corre un grave riesgo de ser ejecutado a la pena de muerte³⁵⁴.

A partir de la adopción del Protocolo n. 6, se producen una serie de acontecimientos importantes relacionados con la abolición de la pena de muerte en otros foros internacionales. Por ejemplo, en el marco de las NU, como ya se ha apuntado en la Introducción, en 1989 se adopta el Segundo Protocolo Facultativo al PIDCP con el que se abole la pena de muerte. Por su parte, la UE adopta en junio de 1998 las “Directrices para la política de la UE hacia los países terceros en materia de pena de muerte” en las que, entre otras cosas, declara su oposición a esta pena en todos los casos³⁵⁵. Asimismo, la pena capital es excluida de los estatutos de la CPI, el TPIY y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda³⁵⁶. En esta dirección, en 2002 se adopta el Protocolo n. 13 al CEDH³⁵⁷, en el que se establece la obligación de abolir la pena de muerte en todas las circunstancias, incluidos los actos cometidos en tiempos de guerra o de amenaza inminente de guerra³⁵⁸. Por tanto, el art. 1 del Protocolo n. 13 prohíbe la pena de muerte en todas las circunstancias, sin que quepa derogación ni reserva.

³⁵³ Véanse las firmas y ratificaciones en: https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/114/signatures?p_auth=wmlDBeX3

³⁵⁴ Véase, STEDH de 23 abril de 2002 (decisión de admisibilidad), *Sr. c. Suecia*, demanda n. 62806/00; STEDH de 15 de marzo de 2001 (decisión de admisibilidad), *Ismaili c. Alemania*, demanda n. 58128/00.

³⁵⁵ Estas directrices pueden ser consultadas en el siguiente enlace: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ar10106> Si bien, actualmente no se encuentran en vigor.

³⁵⁶ Explanatory Report to Protocol No. 13 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, concerning the abolition of the death penalty in all circumstances”, European Treaty Series - No. 187. Vilnius, 3.V.2002, párr. 7.

³⁵⁷ Protocolo n. 13 al CEDH para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia, de 3 de mayo de 2002 (*BOE* n. 77, de 30 de marzo de 2010). En la doctrina véase, BOU FRANCH, V., “El Protocolo número 13 al CEDH: primer tratado internacional que abole la pena de muerte en todas las circunstancias”, *REDI*, vol. 54, n. 2, 2002, 1012-1018.

³⁵⁸ La Asamblea Parlamentaria del Consejo del Consejo Europa, en su opinión sobre el proyecto de Protocolo 13 del CEDH, entre otras cosas mantiene, por un lado, que la pena capital no tiene cabida en sociedades civilizadas y democráticas gobernadas por el Estado de Derecho y; por otro lado, sostiene su interés en eliminar la segunda parte de la redacción del art. 2.1, debido a que los documentos constitucionales nacionales más modernos y los tratados internacionales ya no incluyen tales disposiciones; Parliamentary Assembly, “Opinion 233 (2002), Draft Protocol to the European Convention on Human Rights concerning the abolition of the death penalty in all circumstances, adopted by the Assembly on 21 January 2002”. Text adopted by the Assembly on 21 January 2002 (1st Sitting), párs. 2 y 5. Por su parte, el Comité de Ministros del COE sostiene que: “under no circumstances may a person convicted of terrorist activities be sentenced to the death penalty; in the event of such a sentence being imposed, it may not be carried out”; Committee of Ministers, “Guidelines on human rights and the fight against terrorism, adopted by the Committee of Ministers on 11 July 2002 at the 804th meeting of the Ministers’ Deputies”. Directorate General of Human Rights. December 2002, p. 10.

El TEDH considera que la prohibición prevista en el Protocolo n. 13 del CEDH configura, junto a los arts. 2 y 3 del CEDH, un derecho fundamental que consagra uno de los valores básicos de las sociedades democráticas de los EP. Por lo que estas disposiciones deben interpretarse restrictivamente³⁵⁹. Respecto a la pena de muerte en relación con el art. 3 del CEDH, la Gran Sala, en 2005, en *Öcalan c. Turquía*, mantiene que:

“For the time being, the fact that there are still a large number of States who have yet to sign or ratify Protocol No. 13 may prevent the Court from finding that it is the established practice of the Contracting States to regard the implementation of the death penalty as inhuman and degrading treatment contrary to Article 3 of the Convention, since no derogation may be made from that provision, even in times of war³⁶⁰”.

En este caso, la Gran Sala se abstiene de llegar a una conclusión firme acerca de si el art. 3 del CEDH se puede considerar enmendado por el Protocolo n. 13, en el sentido de prohibir la pena de muerte en cualquier circunstancia. En el momento en el que tiene que pronunciarse en *Öcalan*, dado que un gran número de Estados no han firmado o ratificado el Protocolo n. 13³⁶¹, el TEDH no se atreve a confirmar que exista una *opinio iuris* por parte de los EP que permita calificar la pena de muerte como un trato contrario al art. 3 del CEDH.

En la actualidad, la gran mayoría de EP no contemplan esta pena en sus respectivos ordenamientos jurídicos: cuarenta y cuatro de los cuarenta y siete EM del COE han ratificado el Protocolo n. 13. Armenia lo ha firmado pero no ratificado, mientras que la Federación de Rusia y Azerbaiyán ni siquiera lo han firmado³⁶².

Por esta vía, la gran mayoría de los EP reconocen que la imposición y el uso de la pena de muerte niega los DDHH del individuo. En el Preámbulo del Protocolo n. 13 los Estados contratantes afirman estar “convencidos de que el derecho de toda persona a la vida es un valor fundamental en una sociedad democrática, y de que la abolición de la pena de muerte es esencial para la protección de este derecho y el pleno reconocimiento

³⁵⁹ STEDH de 2 de marzo de 2010, *Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido*, demanda n. 61498/08, párr. 118. En este sentido, véase, STEDH de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, demanda n. 14038/88, párr. 88.

³⁶⁰ STEDH de 12 de mayo de 2005, *Öcalan c. Turquía*, demanda n. 46221/99, párr. 165.

³⁶¹ A fecha de 12 de mayo de 2005, cuando la Gran Sala se pronuncia en *Öcalan*, Armenia, Francia, Mónaco, Polonia, la República de Moldova, Eslovaquia, España y Turquía habían firmado el Protocolo n. 13 al CEDH, pero no lo habían ratificado. Azerbaiyán y la Federación de Rusia ni en aquel momento, ni en la actualidad, han firmado ni ratificado el Protocolo n. 13 al CEDH.

³⁶² Véase en: https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/187/signatures?p_auth=LasLA1LM

de la dignidad inherente a todo ser humano”. En este sentido, durante las últimas décadas a los nuevos candidatos a ser EM del COE se les exige el compromiso de abolir la pena de muerte, como condición *sine qua non* para su ingreso en la organización. De este modo, los territorios de los EM del COE se han convertido en una zona libre de la pena de muerte. Por tanto, actualmente el art. 2 del CEDH, completado por los Protocolos 6 y 13 al CEDH, debe ser interpretado en el sentido de que se prohíbe, tanto la ejecución de la pena de muerte en todas las circunstancias, como la expulsión de un extranjero a otro Estado cuando hayan motivos fundados para creer que correría un riesgo real de ser sometido a la pena de muerte en el Estado de destino³⁶³.

La Federación de Rusia ingresa en el COE el 29 de febrero de 1996, firma el Protocolo n. 6 al CEDH en abril de 1997, pero no lo ha ratificado a día de hoy³⁶⁴. El Protocolo n. 13, como ya ha sido apuntado, no ha sido firmado ni ratificado por este Estado. Si bien, como condición para su admisión en el COE, la Federación de Rusia se comprometió a abolir la pena de muerte. Inmediatamente después de este compromiso en la Federación de Rusia se aplica una moratoria *de facto* sobre la pena capital; nadie ha sido condenado a la pena capital desde 1996. En 2009, el TC de la Federación de Rusia confirma la moratoria y la vigencia de un régimen constitucional que ofrece garantías firmes para el respeto del derecho a no ser sometido a la pena de muerte. En *A.L. (X.W.) c. Rusia*³⁶⁵, el TEDH constata que en la Federación de Rusia se está llevando a cabo un proceso irreversible de abolición de la pena de muerte de conformidad con su Constitución y sus obligaciones internacionales, incluidos los Protocolos al CEDH³⁶⁶. Para el TEDH la moratoria vigente en la Federación de Rusia no es una excepción que permita la imposición de la pena de muerte en tiempo de guerra. A la vista del compromiso inequívoco de la Federación de Rusia de abolir la pena de muerte, la imposición de la pena de muerte ya no es admisible en virtud del art. 2, enmendado por los Protocolos n. 6 y n.13, amén de ser un trato o pena inhumano o degradante en virtud

³⁶³ STEDH de 24 de julio de 2014, *Al Nashiri c. Polonia*, demanda n. 28761/11, pár. 576; STEDH de 2 de marzo de 2010, *Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido*, demanda n. 61498/08, pár. 123; STEDH de 19 de noviembre de 2009, *Kaboulov c. Ucrania*, demanda n. 41015/04, pár. 99; STEDH de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, demanda n. 14038/88, pár. 111.

³⁶⁴ Véase en: https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/187/signatures?p_auth=LasLA1LM

³⁶⁵ En este caso el demandante, ciudadano de origen chino, es arrestado en Rusia, donde reside ilegalmente, como sospechoso de asesinar a un policía chino en China. Las autoridades chinas habían emitido una orden de arresto por un delito penal por la comisión de tal delito, cuyo castigo puede llegar a ser la pena de muerte. Por este motivo el demandante alega frente al TEDH que su expulsión a China conlleva una vulneración de los arts. 2 y 3 del CEDH.

³⁶⁶ STEDH de 29 de octubre de 2015, *A.L. (X.W.) c. Rusia*, demanda n. 44095/14, pár. 63.

del art. 3 del CEDH; y que esta prohibición se aplica plenamente en la Federación de Rusia, aunque no haya ratificado ni el Protocolo n. 6 ni el Protocolo n. 13. En consecuencia, la Federación de Rusia se encuentra obligada a no expulsar a una persona a otro Estado en el que existan motivos fundados para creer que corre un riesgo real de ser sometido a la pena de muerte³⁶⁷.

Se evidencia así la existencia de un consenso europeo sobre la abolición de la pena de muerte en el territorio de los EP del COE. Esta idea se ve reforzada por la interpretación del PIDCP realizada por el CDH, expuesta en la Introducción, conforme a la que se prohíbe la expulsión de un extranjero, por parte de un Estado abolicionista de la pena de muerte, hacia un tercer Estado donde corra el riesgo de ser sometido a la pena de muerte. Dado que Armenia, la Federación de Rusia y Azerbaiyán son partes del PIDCP, ello permite fundamentar una interpretación del CEDH y de sus Protocolos “coherente con los compromisos asumidos por aquellos Estados en el ámbito universal”³⁶⁸.

La abolición de la pena de muerte en el seno del COE, conlleva que los EM no pueden llevar a cabo acuerdos, como por ejemplo acuerdos de readmisión con terceros Estados, cuya ejecución implique la vulneración del derecho a la vida, de conformidad con el CEDH. Para el TEDH esta prohibición adquiere una relevancia mayor en los casos en los que es el derecho a la vida el que se encuentra en juego debido al carácter absoluto y fundamental del derecho a no ser sometido a la pena de muerte y el daño grave e irreversible que corren los sujetos en estos casos³⁶⁹.

En *Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido*, hay evidencias fundadas para creer que existe un riesgo real de que los demandantes sean condenados a la pena de muerte y ejecutados en caso de regresar a Iraq, de donde son nacionales³⁷⁰. El Gobierno de Reino

³⁶⁷ STEDH de 29 de octubre de 2015, *A.L. (X.W.) c. Rusia*, demanda n. 44095/14, párr. 64.

³⁶⁸ PASCUAL VIVES, F.J., “Consenso e interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos”, *REDI*, vol. 66, n. 2, 2014, 113-153, p. 134.

³⁶⁹ STEDH de 2 de marzo de 2010, *Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido*, demanda n. 61498/08, párr. 138. Esto sucede también en el ámbito de la UE, cuyo art. 2 de la CFUE establece que nadie podrá ser condenado a la pena de muerte y ejecutado. Una de las repercusiones de esta disposición son las limitaciones en materia penal en los acuerdos de extradición llevados a cabo por la UE con terceros Estados. Este es el caso del Acuerdo entre la UE y los EEUU sobre extradición y asistencia judicial en materia penal, de 6 de junio de 2003 (*DOUE* L 181/25, de 6 de junio de 2003) en cuyo art. 13 se deniega la extradición en caso de riesgo de imposición de la pena de muerte; o el Acuerdo entre la UE y Japón sobre cooperación judicial en materia penal de 30 de noviembre de 2009 (*DOUE* L 39/19, de 12 de febrero de 2010), concretamente, el art. 11.1, apdo. b. En este sentido, todos los EM de la UE han manifestado su compromiso con estas disposiciones, además de con su puesta en práctica. Para los Estados candidatos a la adhesión a la UE, la abolición de la pena de muerte es requisito previo; Consejo de la UE, “Directrices de la UE sobre la pena de muerte”, 8416/13, COHOM 63 PESC 403. Bruselas 12 de abril de 2013, p. 4 y 5

³⁷⁰ Para llegar a esta conclusión se tiene en cuenta que la pena de muerte está disponible para los delitos que se les imputan a los demandantes; que hay pruebas claras de que las personas condenadas por tales delitos pueden ser condenadas a muerte en la práctica; que las autoridades iraquíes no garantizan que no se

Unido sostiene que, en cumplimiento del acuerdo bilateral de extradición suscrito por ambos Estados, no tiene más opción que transferir a los demandantes a Iraq, para ser puestos bajo la custodia de los tribunales de este último Estado. De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, un EP no puede celebrar un acuerdo con otro Estado que contravenga las obligaciones que le impone el CEDH. El Protocolo n. 13 entra en vigor para Reino Unido el 1 de febrero de 2004 y, desde ese momento, en virtud del art. 2 y del Protocolo n. 13, dicho Estado no puede celebrar ningún acuerdo internacional que implique detener a personas con miras a transferirlas a un Estado en el que van a ser sometidas a un juicio mediante el que se les pueda imponer la pena capital. En general, los EP tampoco pueden adoptar ninguna otra medida que pueda someter a personas que se encuentren dentro de su jurisdicción a un riesgo real de ser condenados a la pena de muerte y ejecutados³⁷¹.

En *Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido*, debido a que el TEDH no puede predecir si, finalmente, los demandantes van a ser sometidos a la pena de muerte, se basa en el sufrimiento psicológico creado por la incertidumbre ante su eventual expulsión, para concluir una violación del art. 3 del CEDH. El TEDH considera que no es necesario decidir si se produce también una violación del art. 2 del CEDH y del art. 1 del Protocolo 13³⁷².

Como se observa en *Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido*, así como en la mayor parte de los casos en los que se ha examinado una cuestión relativa a la expulsión de extranjeros bajo la amenaza de que les sea aplicada la pena de muerte, el TEDH valora que, con independencia de que finalmente la condena a la pena de muerte sea ejecutada, el sufrimiento psicológico de los sujetos ante su eventual ejecución constituye un trato inhumano contrario al art. 3. Por ello, la jurisprudencia del TEDH que valora la protección del derecho a la vida se basa en el análisis del art. 2 en conjunción con el art. 3. Este examen conjunto se debe a que los principios generales aplicables en relación a estos dos preceptos en el contexto de la expulsión de extranjeros, en especial los principios relacionados con la evaluación del riesgo son, en muchas ocasiones, indisociables.

aplique la pena de muerte; y que los otros factores invocados por el Gobierno, por ejemplo, la carta de la familia de una de las víctimas que solicitaban el indulto, no son lo suficientemente convincentes ni seguros para negar el riesgo; STEDH de 2 de marzo de 2010, *Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido*, demanda n. 61498/08, párr. 133.

³⁷¹ STEDH de 2 de marzo de 2010, *Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido*, demanda n. 61498/08, párs. 137 y 138. En este caso, los demandantes habían sido acusados de matar a dos soldados británicos cuando, sin ningún tipo de dudas, estos se habían rendido. Este delito conlleva una pena máxima de pena de muerte.

³⁷² STEDH de 2 de marzo de 2010, *Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido*, demanda n. 61498/08, párs. 144 y 145.

Así sucede en *T.A. c. Suecia*. El demandante, musulmán sunita originario y procedente de Iraq, llega a Suecia y presenta una solicitud de asilo debido al riesgo de trato contrario a los arts. 2 y 3 del CEDH en el supuesto de regresar a Iraq. En concreto, el demandante alega que trabaja para una compañía de seguridad que tiene conexiones con el ejército de EEUU, hecho por el que su clan lo repudia. El demandante pone de manifiesto que, con el fin de que dejara de trabajar en la compañía de seguridad donde viene prestando servicios, ha sido amenazado y han quemado su casa, entre otras acciones violentas contra su persona y su familia. Además, advierte de la falta de posibilidad de reubicación interna en su Estado de origen, práctica también denominada “internal flight” (Capítulo III.9.1.). Sin embargo, las autoridades suecas deniegan su solicitud dado que, según afirman, las amenazas son a nivel local y los alegatos del demandante contra el riesgo existente en caso de expulsión se basan en especulaciones, dado que ni siquiera ha podido identificar a los atacantes³⁷³.

En este caso, el TEDH se refiere concretamente al art. 3 del CEDH para sostener que la expulsión de un extranjero a un Estado en el que exista riesgo de sufrir un trato contrario al art. 3 del CEDH, puede dar lugar a una violación de esta disposición por parte del EP expulsor cuando se hayan demostrado razones fundadas para creer que el extranjero se enfrenta a un riesgo real de trato contrario al citado precepto³⁷⁴. Para el tribunal de Estrasburgo, la evaluación de la existencia de tal riesgo debe ser rigurosa y de conformidad con los principios generales previstos para la interpretación del art. 3 del CEDH en caso de expulsión de extranjeros, que serán objeto de estudio en el Capítulo III. Asimismo, estos principios son también de aplicación con respecto al art. 2 del CEDH³⁷⁵.

En la mayoría de los casos que han sido planteados al TEDH hasta ahora en relación al riesgo del derecho a la vida en caso de expulsión, se ha constatado una violación del art. 3. Demostrada tal vulneración del CEDH, es frecuente que el TEDH no suela considerar necesario decidir si también se han violado los derechos de los demandantes en virtud del art. 2 del CEDH y del art. 1 del Protocolo n. 13³⁷⁶. De ahí que la

³⁷³ STEDH de 19 de diciembre de 2013, *T.A. c. Suecia*, demanda n. 48866/10, párs. 6 a 9.

³⁷⁴ STEDH de 19 de diciembre de 2013, *T.A. c. Suecia*, demanda n. 48866/10, pár. 34.

³⁷⁵ STEDH de 19 de diciembre de 2013, *T.A. c. Suecia*, demanda n. 48866/10, pár. 37. En este sentido véase, STEDH de 19 de diciembre de 2013, *T.K.H c. Suecia*, demanda n. 1231/11, pár. 45; STEDH de 5 de septiembre de 2013, *K.A.B. c. Suecia*, demanda n. 886/11, pár. 67; STEDH de 27 de junio de 2013, *D.N.M. c. Suecia*, demanda n. 28379/11, pár. 48; STEDH de 27 de junio de 2013, *N.M.Y. c. y otros c. Suecia*, demanda n. 72686/10, pár. 27; STEDH de 15 de mayo de 2012, *H.N. c. Suecia*, demanda n. 30720/09, pár. 32; STEDH de 19 de noviembre de 2009, *Kaboulov c. Ucrania*, demanda n. 41015/04, pár. 99; STEDH de 20 de enero de 2009, *F.H. c. Suecia*, demanda n. 32621/06, pár. 72; STEDH de 5 de julio de 2005, *Said c. Países Bajos*, demanda n. 2345/02, pár. 56.

³⁷⁶ STEDH de 2 de marzo de 2010, *Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido*, demanda n. 61498/08, pár. 144.

jurisprudencia del TEDH en relación al art. 3 del CEDH sea mucho más abundante que la desarrollada de conformidad con el art. 1 del Protocolo n. 13, como se comprobará en el Capítulo III.

En suma, en el ámbito regional europeo se ha consolidado la prohibición de la expulsión de un extranjero por parte de un Estado que no aplica la pena de muerte hacía un Estado en el que el extranjero ha sido condenado a muerte o corra un riesgo real de ser sometido a la pena de muerte, sin una garantía previa por parte del Estado de destino de no aplicación o ejecución de tal pena. La jurisprudencia del TEDH confirma así la propuesta de desarrollo progresivo que la CDI defiende con el citado art. 23.2 de su Proyecto. Si bien, conviene insistir en ello, se trata de la jurisprudencia que emana de un órgano jurisdiccional de ámbito regional europeo.

2.2. La aplicación de la pena de muerte y la denegación de un juicio justo en el Estado de destino

Como se ha expuesto en el epígrafe anterior, en *Öcalan c. Turquía*, la Gran Sala no se pronuncia sobre si el art. 3 del CEDH prohíbe, en el momento de dictar la sentencia, la aplicación de la pena de muerte en cualquier contexto. Empero, en este caso, la Gran Sala secunda la opinión de la Sala en el sentido de que no es necesaria una conclusión firme sobre este punto, ya que la condena a la pena de muerte en el marco de un juicio injusto, es contraria al art. 2 y al art. 1 del Protocolo n. 13 al CEDH³⁷⁷.

En efecto, el Sr. *Öcalan* es fundador y el líder del PKK (partido de los trabajadores de Kurdistán) creado, inicialmente, con el objetivo de crear un Estado kurdo independiente. El Sr. *Öcalan* es una de las personas más buscada de Turquía, habiendo sido condenado por los crímenes más graves existentes en el Código Penal turco. Según el TEDH, no es posible descartar el riesgo real de que la sentencia a muerte fuera a ser ejecutada³⁷⁸. No obstante, lo que más le preocupa al TEDH es la naturaleza del juicio al que es sometido el demandante. Este no es juzgado por un tribunal independiente e imparcial, conforme al art. 6.1 del CEDH. También se constata una violación de sus derechos de defensa al no tener acceso a un abogado mientras se encuentra bajo custodia policial; además de no haber podido consultar el archivo del caso hasta una etapa avanzada del procedimiento. Conforme el art. 2.1 del CEDH, la privación de la vida

³⁷⁷ STEDH de 12 de mayo de 2005, *Öcalan c. Turquía*, demanda n. 46221/99, párr. 165.

³⁷⁸ STEDH de 12 de mayo de 2005, *Öcalan c. Turquía*, demanda n. 46221/99, párr. 172. En este sentido véase, YORKE, J., "The right life and abolition of the death penalty in the Council of Europe", *ELR*, n. 2, 2009, 205-229, p. 225.

solamente es posible a través de una sentencia impuesta por un tribunal que debe ser independiente e imparcial, tal y como exige la jurisprudencia del TEDH en relación al art. 6 del CEDH³⁷⁹. Para ello se exigen los más rigurosos estándares de equidad en el desarrollo del proceso penal, tanto en primera instancia como en apelación³⁸⁰.

En este sentido, el tribunal de Estrasburgo tiene en cuenta tanto la práctica desarrollada por el CDH, analizada en la Introducción, como la jurisprudencia de la CorteIDH en la que se mantiene que, dado que la ejecución de la pena de muerte es irreversible, la aplicación de los estándares de equidad, imparcialidad e independencia son las únicas medidas que pueden evitar una privación de la vida arbitraria e ilegal³⁸¹. La exigencia recogida en el art. 2.1 del CEDH, relacionada con el hecho de que la sanción se encuentre prevista por la ley, no solo requiere la existencia de una base legal que prevea expresamente la aplicación de la pena capital. También conlleva el pleno respeto del requisito relativo a la calidad de la ley; esto es, que la base legal sea “accesible” y “previsible”³⁸². Por tanto, de la interpretación y aplicación del art. 2 del CEDH, se debe llegar a la conclusión de que la condena a la pena de muerte contra una persona que no ha tenido un juicio justo, no es conforme con este precepto, al tratarse de una privación arbitraria de la vida contraria a la citada disposición.

Asimismo, la ejecución de una condena a muerte implica la destrucción deliberada y premeditada de un ser humano por parte de las autoridades estatales. Cualquiera que sea

³⁷⁹ A tenor de la jurisprudencia del TEDH, para determinar si un tribunal puede considerarse “independiente” a los efectos del art. 6.1, debe tenerse en cuenta, entre otras cosas, la forma de nombramiento de sus miembros y su mandato, la existencia de salvaguardias contra las presiones externas y la cuestión de si presenta una apariencia de independencia. En cuanto a la condición de imparcialidad, en este sentido, el TEDH determina que existen dos pruebas que se deben de aplicar para su determinación: la primera consiste en tratar de determinar la convicción personal de un juez en particular en un caso determinado y la segunda en determinar si el juez ofreció garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima a este respecto; STEDH de 9 de junio de 1998, *Incal c. Turquía*, demanda n. 41/1997/825/1031, pár. 65; STEDH de 28 de octubre de 1998, *Çiraklar c. Turquía*, demanda n. 70/1997/854/1061, pár. 38.

³⁸⁰ STEDH de 12 de mayo de 2005, *Öcalan c. Turquía*, demanda n. 46221/99, pár. 166. Además, el TEDH mantiene que imponer la pena a muerte a una persona después de un juicio injusto generaría un alto grado de angustia y temor; trato que se encuentra enmarcado dentro del alcance del art. 3 del CEDH.

³⁸¹ STEDH de 12 de mayo de 2005, *Öcalan c. Turquía*, demanda n. 46221/99, pár. 166; CorteIDH, *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros c. Trinidad y Tobago*. Sentencia de 21 de junio de 2002 (Fondo, Reparaciones y Costas), pár. 148. Como confirma la CorteIDH, “si el debido proceso legal, con su conjunto de derechos y garantías, debe ser respetado en cualesquiera circunstancias, su observancia es aún más importante cuando se halle en juego el supremo bien que reconocen y protegen todas las declaraciones y tratados de derechos humanos: la vida humana”; CorteIDH, Opinión Consultiva OC-16/99, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”. 1 de octubre de 1999, párs. 135 y 136. En este sentido véase el punto 5 de las “Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte”, aprobadas por el Consejo Económico y Social en su resolución 1984/50, de 25 de mayo de 1984. Disponibles en: <https://www.ohchr.org/sp/ProfessionalInterest/Pages/DeathPenalty.aspx>

³⁸² STEDH de 16 de febrero de 2000, *Amann c. Suiza*, demanda n. 27798/95, pár. 56; STEDH de 4 de mayo de 2000, *Rotaru c. Rumania*, demanda n. 28341/95, pár. 52.

el método de ejecución, la extinción de la vida implica algún tipo de dolor físico. Además, teniendo en cuenta que el conocimiento previo del sujeto de su muerte por parte del Estado da lugar, de forma inevitable, a un intenso sufrimiento psicológico, la condena a muerte como culminación de un juicio imparcial supone también la violación del art. 3 del CEDH³⁸³. En *Öcalan*, el tribunal de Estrasburgo concluye que la imposición de la pena de muerte al demandante después de un juicio injusto por un tribunal cuya independencia e imparcialidad son susceptibles de duda, equivale a un trato inhumano que vulnera el art. 3 del CEDH³⁸⁴.

En fechas muy próximas a *Öcalan*, el TEDH se pronuncia sobre esta problemática en *Bader y Kanbor c. Suecia*. En este caso se constata que el primero de los demandantes es condenado a muerte *in absentia* por el Tribunal Regional de Alepo, en la República Árabe de Siria. El TEDH aprecia la inexistencia de una serie de garantías durante el procedimiento: el abogado defensor ni siquiera contacta con la embajada sueca durante la investigación del caso; no se presentan pruebas orales en la audiencia; ni el abogado ni el acusado están presentes en la audiencia en la que tiene lugar el examen de las pruebas, entre otras circunstancias. Dada la naturaleza sumaria del procedimiento, unido al desconocimiento total de los derechos de defensa, todo ello conlleva una denegación flagrante de un juicio justo³⁸⁵. Para el Tribunal lo más destacable es que el Gobierno sueco no obtiene garantías de las autoridades sirias de que una reapertura del caso –por lo que se refiere al primer demandante–, no va a dar lugar a la imposición de la pena de muerte en un nuevo juicio³⁸⁶. Por tanto, las autoridades suecas no cuentan con garantías por parte del Estado sirio de que, en el caso de celebrarse un nuevo juicio, no se va a solicitar la

³⁸³ STEDH de 24 de julio de 2014, *Al Nashiri c. Polonia*, demanda n. 28761/11, p. 577. Resulta destacable en este punto la opinión conjunta parcialmente disidente emitida por algunos de los jueces del TEDH, según la cual, de la jurisprudencia del TEDH se deriva que los sentimientos de temor y angustia, debidos a la imparcialidad y la independencia de un tribunal, son una cuestión que debe ser examinada en virtud del art. 6 del CEDH; Opinión conjunta parcialmente disidente de los jueces Costa, Caflich, Türmen y Borrego Borrego, p. 71.

³⁸⁴ STEDH de 8 de noviembre de 2005, *Bader y Kanbor c. Suecia*, demanda n. 13284/04, p. 47.

³⁸⁵ STEDH de 8 de noviembre de 2005, *Bader y Kanbor c. Suecia*, demanda n. 13284/04, p. 47; STEDH de 4 de febrero de 2005, *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, demandas nos. 46827/99 y 46951/99, p. 88; STEDH de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, demanda n. 14038/88, p. 113.

³⁸⁶ Por ejemplo, en el asunto *Mamatkulov y Askarov*, el TEDH sí que pudo verificar que el Gobierno uzbeko, en este caso, había otorgado garantías de que los bienes de los demandantes no serían susceptibles de confiscación general, y los demandantes no serían sometidos a actos de tortura o condenas a la pena capital; STEDH de 4 de febrero de 2005, *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, demandas nos. 46827/99 y 46951/99, p. 76. En este sentido, STEDH de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, demanda n. 14038/88, párs. 38 y 39.

pena de muerte. Para el TEDH cabe apreciar un temor fundado de que la pena de muerte se ejecutaría si el demandante regresa a la República Árabe Siria³⁸⁷.

En *Bader y Kanbor*, la condena a muerte impuesta en el marco de un juicio injusto lleva consigo sentimientos de angustia y temor adicionales, si se expulsa al extranjero al Estado en el que se le podrá imponer la pena capital. Por tanto, la responsabilidad del EP puede verse comprometida, en virtud de los arts. 2 y 3 del CEDH, en el caso de proceder a la expulsión del demandante bajo estas circunstancias. Es el primer caso en el que se constata una violación del art. 2 del CEDH en caso de expulsión de extranjeros.

Esta jurisprudencia que data del año 2005, ha sido posteriormente desarrollada por el TEDH. En 2014, en *Al Nashiri c. Polonia*, se considera que en el momento del traslado del demandante desde Polonia hasta la base naval estadounidense de Guantánamo (Cuba), existe un riesgo considerable y previsible de que sea sometido a la pena de muerte después de un juicio ante una comisión militar³⁸⁸. Para el TEDH, la expulsión del demandante ante el riesgo de una flagrante denegación de justicia constituye una violación del art. 6.1 del CEDH. Si, además, tal flagrante denegación de justicia lleva consigo el riesgo potencial de ser condenado a la pena de muerte y, aun en estas circunstancias, el Estado expulsor procede a la expulsión, también se vulneran los arts. 2 y 3 y el art. 1 del Protocolo n. 6 al CEDH³⁸⁹. El TEDH se refiere únicamente al Protocolo n. 6 y no al Protocolo n. 13, debido a que esta Sentencia se dicta en julio de 2014, y el Protocolo n. 13 no entra en vigor para Polonia hasta septiembre de 2014.

En definitiva, los EP en el Protocolo n. 6 al CEDH no pueden expulsar a un extranjero a un Estado en el que, como consecuencia de un juicio que no cumple con las garantías de imparcialidad e independencia exigidas por el art. 6 del CEDH, se le condena, o potencialmente se le puede condenar, a la pena de muerte.

Se debe añadir que los EP en el Protocolo n. 13, en el que como ya se ha insistido se prohíbe la pena de muerte en todas las circunstancias, no pueden expulsar, en ningún caso, a un extranjero a un Estado en el que ha sido condenado o potencialmente vaya a ser condenado a la pena de muerte. Tal prohibición, por tanto, se mantiene con independencia de que el juicio por el que se decide la condena a muerte del extranjero haya gozado de las garantías de independencia e imparcialidad previstas en el art. 6 del

³⁸⁷ STEDH de 8 de noviembre de 2005, *Bader y Kanbor c. Suecia*, demanda n. 13284/04, pág. 46.

³⁸⁸ STEDH de 24 de julio de 2014, *Al Nashiri c. Polonia*, demanda n. 28761/11, pág. 578.

³⁸⁹ STEDH de 24 de julio de 2014, *Al Nashiri c. Polonia*, demanda n. 28761/11, párs. 578 y 579.

CEDH³⁹⁰. De lo contrario, se estaría llevando a cabo una expulsión contraria al art. 2 del CEDH, completado con el Protocolo n. 13.

La evaluación de las garantías procesales durante el juicio por el que se condena a la pena de muerte a un extranjero en el Estado de destino, juegan un papel importante en *Bader y Kanbor y Al Nashiri*; casos en los que la pena de muerte todavía no estaba prohibida con carácter absoluto. Con la entrada en vigor del art. 13 del CEDH el derecho a la vida goza de protección absoluta y así debe ser asegurado por los EP. Si bien, si el Estado de destino concede garantías al EP de que, en caso de que el extranjero sea expulsado no va a ser condenado a la pena de muerte o dicha pena, de haber sido ya impuesta, no se va a ejecutar, el EP puede proceder a su expulsión. Esta problemática jurídica, que se conoce como “garantías diplomáticas”, es objeto de análisis en el Capítulo III.8.

2.3. El rol activo del Estado parte en la salvaguardia del derecho a la vida de los extranjeros

2.3.1. El deber de investigación de las circunstancias que rodean el peligro para la vida del extranjero

Según el TEDH, los EP asumen una doble obligación relativa al cumplimiento del art. 2 del CEDH: por un lado, un EP no puede quitar la vida a un sujeto sometido a su jurisdicción de manera intencional. Por otro lado, un EP debe emprender las medidas apropiadas para salvaguardar el derecho a la vida de aquellos que se encuentran bajo su jurisdicción, lo que abarca la prohibición de expulsión en los términos expuestos en los epígrafes anteriores³⁹¹.

Con carácter general a todos los contextos en los que se aplica el art. 2 del CEDH, la obligación del Estado va más allá de garantizar el derecho a la vida. También debe adoptar disposiciones efectivas de derecho penal para evitar la comisión de delitos contra la

³⁹⁰ Esta conclusión fue puesta de manifiesto por el juez Cabral Barreto en su opinión concurrente en el caso *Bader y Kanbor c. Suecia* al señalar lo siguiente: “The States that have already ratified Protocol No. 13 wished to replace the obligation arising under Article 2 of the Convention by a stronger one, namely an obligation to abolish the death penalty in all circumstances. The second sentence of Article 2 has, as it were, been abrogated, or at least rendered redundant, by the entry into force of Protocol No. 13. The States that have ratified Protocol No. 13 have undertaken not only never to implement capital punishment but also not to put anyone at risk of incurring that penalty. Consequently, there is no need to examine the trial or the situation of the person sentenced to death prior to the sentence being carried out because there will always be a violation of Article 1 of Protocol No. 13”.

³⁹¹ STEDH de 11 de enero de 2001 (decisión de admisibilidad), *Khavara y otros quince c. Italia y Albania*, demanda n. 39473/98. En este sentido, aunque no relacionado con la expulsión de extranjeros, STEDH de 28 de octubre de 1998, *Osman c. Reino Unido*, demanda n. 87/1997/871/1083, pág. 115.

persona. Todo ello bajo el respaldo de un mecanismo de aplicación de ley para la prevención, supresión y sanción de infracciones que vulneren el derecho a la vida. No obstante, solo en determinadas circunstancias bien definidas, el art. 2 supone una obligación positiva para las autoridades estatales en el sentido de adoptar medidas operativas preventivas para proteger a una persona cuya vida corre peligro por los actos delictivos de otro individuo. La obligación impuesta por esta disposición, combinada con el deber general que incumbe a los EP en virtud del art. 1 del CEDH, respecto al reconocimiento de toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el CEDH, implica y requiere la realización de una investigación oficial, efectiva, independiente y pública cuando las acciones de los agentes del Estado dieron como resultado la muerte de un sujeto³⁹².

Más en concreto, por lo que se refiere al cumplimiento del art. 2 en el marco de la expulsión de extranjeros, como se ha comprobado en el epígrafe precedente, dicho artículo prohíbe la expulsión en circunstancias en las que existen razones fundadas para creer que un extranjero, de ser expulsado, corre un riesgo real de ser condenado a la pena capital en el Estado de destino³⁹³. Si el EP procede a la expulsión a sabiendas de que está exponiendo al extranjero ante un riesgo alto de perder la vida, hasta el punto de que este resultado es casi seguro, tal expulsión puede ser considerada como una privación intencional de la vida, prohibida por el art. 2 del CEDH³⁹⁴.

Para que el EP pueda tener convencimiento de que en caso de expulsión existe esta clase de riesgo, es necesario que investigue las circunstancias relacionadas con la condena y la ejecución de la pena de muerte en el Estado de destino. Esta investigación puede

³⁹² STEDH de 11 de enero de 2001 (decisión de admisibilidad), *Khavara y otros quince c. Italia y Albania*, demanda n. 39473/98; STEDH de 28 de marzo de 2000, *Mahmut Kaya c. Turquía*, demanda n. 22535/93, párs. 86 y 87. En términos generales, el TEDH ha establecido que para que una investigación sea efectiva, las personas responsables de llevarla a cabo deben ser independientes de los destinatarios. Lo que significa, ya no solo una falta de conexión jerárquica o institucional, sino también una independencia práctica; STEDH de 17 de septiembre de 2014, *Mocanu y otros c. Rumania*, demandas nos 10865/09, 45886/07 and 32431/08, pár. 320; STEDH de 8 de noviembre de 2011, *Halat c. Turquía*, demanda n. 23607/08, pár. 51; STEDH de 6 de julio de 2005, *Nachova y otros c. Bulgaria*, demandas nos. 43577/98 y 43579/98, pár. 110. El TEDH afirma que, aunque no se trata de una obligación de resultado, sino de medios, cualquier deficiencia en la investigación que socave su capacidad para establecer las circunstancias del caso o la persona responsable, correrá el riesgo de no enmarcarse dentro del nivel de eficacia requerido por el art. 2 del CEDH; STEDH de 13 de diciembre de 2012, *El-Masri c. la antigua República Yugoslava de Macedonia*, demanda n. 39630/09, pár. 183.

³⁹³ STEDH de 19 de noviembre de 2009, *Kaboulov c. Ucrania*, demanda n. 41015/04, pár. 99; STEDH de 23 de abril de 2002 (decisión de admisibilidad), *S.R. c. Suecia*, demanda n. 62806/00; STEDH de 15 de marzo de 2001 (decisión de admisibilidad), *Ismaili c. Alemania*, demanda n. 58128/00; STEDH de 19 de febrero de 1998, *Bahaddar c. Países Bajos*, demanda n. 145/1996/764/965.

³⁹⁴ STEDH de 19 de noviembre de 2009, *Kaboulov c. Ucrania*, demanda n. 41015/04, pár. 99; STEDH de 5 de julio de 2005, *Said c. Países Bajos*, demanda n. 2345/02; STEDH de 6 de marzo de 2001, *Dougoz c. Grecia*, demanda n. 40907/98.

abarcar aspectos tales como: la normativa interna del Estado de destino, el número de ejecuciones llevadas a término en los últimos años, así como los delitos y las circunstancias relacionadas con estos que derivan en la decisión de imponer la condena a muerte. Por ejemplo, en *Kaboulov c. Ucrania*, el demandante alega que en el caso de que Ucrania lo expulse a Kazajistán, Estado en el que es acusado *in absentia* de asesinato agravado, va a ser penado con la condena a muerte. Ucrania lleva a cabo una serie de investigaciones que le permiten comprobar que durante 2007-2008 no se ha ejecutado ninguna condena a muerte en Kazajistán, y estas han sido conmutadas por cadena perpetua. Además, según Ucrania, el Gobierno de Kazajistán asegura que va a procesar al demandante por asesinato sin agravantes; cargo que no conlleva la condena a muerte. A la vista de estos hechos, el TEDH opina que, incluso en el improbable caso de que los cargos contra el demandante se modificaran de “asesinato” a “asesinato agravado”, no existe un riesgo real de que sea ejecutado y, por tanto, su expulsión no viola el art. 2 del CEDH³⁹⁵.

Otro caso más reciente es *A.L. c. Rusia*, en el que se considera que el plazo de tres días concedido por la Federación de Rusia al demandante para abandonar el país antes de ejecutar su expulsión a China, país en el que existe un riesgo sustancial y previsible de que el demandante sea condenado a muerte, no aminora el riesgo de exposición a tal condena. A pesar del plazo dado por la Federación de Rusia para que el demandante abandone el país antes de llevar a cabo la expulsión, el TEDH observa que al demandante se le ha incautado el pasaporte ruso, y no existen pruebas que pongan de manifiesto que el demandante posee otro documento válido que le permita cruzar la frontera rusa e ingresar en un tercer país, sorteando con ello su expulsión a China. Por tanto, en estas circunstancias, si la Federación de Rusia expulsa al demandante a China vulnera los arts. 2 y 3 del CEDH³⁹⁶.

La naturaleza absoluta del art. 2, hace que para el TEDH no sea concebible que el extranjero objeto de expulsión pueda renunciar a la protección que le concede esta

³⁹⁵ STEDH de 19 de noviembre de 2009, *Kaboulov c. Ucrania*, demanda n. 41015/04, párs. 102 y 103.

³⁹⁶ STEDH de 29 de octubre de 2015, *A.L. (X.W.) c. Rusia*, demanda n. 44095/14, pár. 65. En *Boumediene y otros*, el TEDH opina que Bosnia y Herzegovina tiene garantías de que los demandantes no están sujetos a la pena de muerte, la tortura y otras formas de violencia en caso de expulsión. Esto permite al TEDH afirmar que el EP ha tomado todas las medidas posibles para proteger los derechos básicos de los demandantes, declarando la inadmisibilidad de la pretensión ya que el EP cumple con su rol activo en virtud del art. 2 del CEDH; STEDH de 18 de noviembre de 2008 (decisión de admisibilidad), *Boumediene y otros c. Bosnia y Herzegovina*, demandas nos. 38703/06, 40123/06, 43301/06, 43302/06, 2131/07 y 2141/07, pár. 67. En este sentido, STEDH de 25 de septiembre de 2012, *Rrapo c. Albania*, demanda n. 58555/10, pár. 71; STEDH de 9 de mayo de 2006 (decisión de admisibilidad), *Abu Salem c. Portugal*, demanda n. 26844/04.

disposición; a pesar de que el derecho a la vida se reconoce como un derecho subjetivo del individuo³⁹⁷. En consecuencia, con independencia de la conducta del extranjero, las autoridades nacionales competentes tienen la obligación de evaluar, de oficio, toda la información disponible antes de tomar una decisión acerca de la expulsión del extranjero ante el riesgo que conlleva para su vida. En *F.G. c. Suecia*, las autoridades suecas no realizan una evaluación del riesgo de expulsión del demandante a la República Islámica de Irán. El demandante se niega a invocar como motivo de asilo su conversión del islam al cristianismo; razón por la que puede ser objeto de tratos contrarios a los arts. 2 y 3 del CEDH en la República Islámica de Irán. Si el demandante es expulsado a Irán sin una evaluación *ex nunc* por parte de las autoridades suecas de las consecuencias de su conversión al cristianismo, se vulneran los arts. 2 y 3 de la CDH³⁹⁸.

El TEDH concede un alto grado de importancia a la protección que ofrece el art. 2 del CEDH, al exigir a las autoridades nacionales competentes un cuidadoso escrutinio de la eventual situación del extranjero. Para ello, no solo deben tener en cuenta las acciones dirigidas al extranjero por parte de las autoridades competentes del Estado sino, en general, todas las circunstancias que rodean el caso. En este sentido, las personas que están bajo custodia se encuentran en una posición vulnerable y las autoridades competentes tienen el deber de protegerlas³⁹⁹. La obligación de las autoridades de dar cuenta del tratamiento de un individuo bajo custodia es particularmente estricta cuando ese individuo fallece⁴⁰⁰. Si una persona es custodiada por las autoridades, a efectos de expulsión, y durante tal detención el extranjero presenta lesiones o fallece, cabe apreciar una fuerte presunción de que estos hechos son ocasionados por acción u omisión de las autoridades competentes. En estos casos, la carga de la prueba se traslada a las autoridades estatales, ya que deben dar una explicación satisfactoria y convincente de los hechos acontecidos⁴⁰¹.

Como ejemplo de esta jurisprudencia cabe traer a colación el caso *Dzidzava c. Rusia*. El Sr. *Togonidze*, nacional de Georgia, es arrestado y detenido por las autoridades rusas

³⁹⁷ Explanatory Report to Protocol No. 13 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, concerning the abolition of the death penalty in all circumstances”, European Treaty Series - No. 187. Vilnius, 3.V.2002, pág. 14.

³⁹⁸ STEDH de 23 de marzo de 2016, *F.G. c. Suecia*, demanda n. 43611/11, párs. 156 y 158.

³⁹⁹ Por ejemplo, el TEDH ha establecido que cuando una persona se encuentra bajo custodia policial en buen estado de salud y se descubre que se lesionó al ser liberada, corresponde al Estado proporcionar una explicación plausible de cómo se causaron esas lesiones; STEDH de 28 de julio de 1999, *Selmouni c. Francia*, demanda n. 25803/94, pág. 87.

⁴⁰⁰ STEDH de 20 de diciembre de 2016, *Dzidzava c. Rusia*, demanda n. 16363/07, pág. 55.

⁴⁰¹ STEDH de 20 de diciembre de 2016, *Dzidzava c. Rusia*, demanda n. 16363/07, pág. 56.

por haber infringido las normas de residencia que rigen para los extranjeros, al haber expirado su visado. El Sr. *Togonidze* informa al personal médico del centro de recepción de extranjeros que sufre ataques de asma. El demandante es detenido en unas condiciones sanitarias pésimas. El traslado en autobús al aeropuerto de Moscú, para su expulsión a Georgia, es también muy complicado. Cuando el autobús llega al aeropuerto la salud del detenido se encuentra muy deteriorada y, finalmente, fallece en el camino hacia la terminal. Según el informe de evaluación de las autoridades rusas, muere por envenenamiento con metadona. Por tanto, se debe examinar y decidir si el informe y las explicaciones en él aportadas son satisfactorias y convincentes. Finalmente se concluye que, de las incoherencias, inverosimilitudes y lagunas que se desprenden del informe aportado por las autoridades rusas, se infiere una ausencia de respuesta justificativa y convincente para los hechos; por lo que se determina que la Federación de Rusia vulnera el art. 2 del CEDH⁴⁰². La obligación impuesta por el art. 2 no se refiere exclusivamente al homicidio intencional por parte de los agentes del Estado. Las autoridades están obligadas a llevar a cabo una investigación oficial y efectiva, no solo cuando la muerte resulta del uso de la fuerza por parte de órganos estatales, sino también en los casos de muerte bajo custodia⁴⁰³. En este asunto se concluye que la investigación es insuficiente e ineficaz, por lo que se vulnera el art. 2 del CEDH⁴⁰⁴.

2.3.2. El respeto del derecho a la vida y el rescate de personas en peligro en el mar

La salvaguarda del derecho a la vida de los extranjeros que intentan alcanzar el continente europeo por mar, en embarcaciones muy precarias, es una de las aristas del problema que supone la gestión de los flujos migratorios. Este escenario presenta dos

⁴⁰² STEDH de 20 de diciembre de 2016, *Dzidzava c. Rusia*, demanda n. 16363/07, párs. 57 y 58.

⁴⁰³ STEDH de 20 de diciembre de 2016, *Dzidzava c. Rusia*, demanda n. 16363/07, pár. 59. Aplicado el principio en otro contexto diferente al de la expulsión de extranjeros, véase, STEDH de 27 de junio de 2000, *Salman c. Turquía*, demanda n. 21986/93, pár. 105.

⁴⁰⁴ Concretamente el Tribunal observa que la investigación nunca aclara el lugar en el que supuestamente el fallecido obtuvo las drogas, o como pudo suministrárselas durante el viaje en autobús. No se investigaron las razones por las cuales se deterioró la salud del fallecido durante el viaje, o si recibió atención médica durante su detención y traslado al aeropuerto. En conclusión, las razones esgrimidas por las autoridades acerca del fallecimiento del Sr. *Togonidze* no eran convincentes por diversas razones, las cuales, podrían haber sido aclaradas mediante una investigación efectiva. Por su parte, en *Jaloud c. Países Bajos* el TEDH también determina que la investigación por parte de las autoridades neerlandesas no cumple las obligaciones de procedimiento dimanantes del art. 2 del CEDH; STEDH de 20 de noviembre de 2014, *Jaloud c. Países Bajos*, demanda n. 47708/08, párs. 227 y 228.

cuestiones principales. Por una parte, el respeto del principio de no devolución⁴⁰⁵, sobre el que el TEDH ha dictado una relevante jurisprudencia, que será objeto de análisis en el Capítulo III. Por otra, el cumplimiento de la obligación de rescatar a personas en peligro en el mar; obligación que se encuentra reconocida en tratados internacionales ratificados por la gran mayoría de los EP en el CEDH⁴⁰⁶.

El cumplimiento de esta segunda obligación se encuentra muy vinculado con el respeto de las obligaciones que en materia de DDHH han asumido los EP en el CEDH. Entre otros aspectos de esta problemática, el cumplimiento de tales obligaciones puede verse en entredicho si el desembarco de las personas rescatadas en el mar no se lleva a cabo en un “puerto seguro”, noción esta última objeto de amplio debate político y académico. Asimismo, también merece atención la valoración jurídica de la acción de las ONGs que se dedican a salvar a personas en peligro en el mar y, especialmente, la coordinación entre el salvamento llevado a cabo por estas organizaciones y las decisiones de los Estados para proceder al desembarco de los extranjeros rescatados. Además, muchas de las operaciones de salvamento de personas en peligro en el mar que protagonizan los EP en el CEDH, coexisten con las operaciones desplegadas por la UE⁴⁰⁷, en concreto por la Guardia Europea de Fronteras y Costas⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., “Los derechos humanos como límite a la gestión de los flujos migratorios mixtos”, *REEI*, n. 36, 2018, 1-25, p. 10.

⁴⁰⁶ La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982 (*BOE* n. 39, de 14 de febrero de 1997). De los EP del COE, Liechtenstein ha firmado esta Convención, pero no la ha ratificado. Mientras que Andorra, Turquía y San Marino la han firmado, pero no la han ratificado. Véase la lista de firmas y ratificación a la Convención de Montego Bay en: http://www.un.org/Depts/los/reference_files/chronological_lists_of_ratifications.htm Las operaciones de salvamento de personas en peligro en el mar recogidas en el Convenio sobre Derecho del Mar se complementan y concretan, entre otros, con el Convenio Internacional sobre Salvamento Marítimo, hecho en Londres el 28 de abril de 1989 (Convenio SAR por sus siglas en inglés, “Search And Rescue”) (*BOE* n. 57, de 8 de marzo de 2005), y también se complementa con el Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, hecho en Londres el 1 de noviembre de 1974 (Convenio SOLAS por sus siglas en inglés, “Safety of Life at Sea”) (*BOE* n. 144, de 16 de junio de 1980).

⁴⁰⁷ A este respecto véase, BIGO, D., “Death in the Mediterranean sea. The results of the three fields of action of European Union Border Controls”, en JANSEN, Y., CELIKATES, R., DE BLOOIS, J., *The irregularization of migration in contemporary Europe. Detention, deportation, drowning*, Rowman & Littlefield International, New York, 2015, 55-70. Para un estudio acerca de la coexistencia de las diversas operaciones desplegadas en el Mar Mediterráneo y, en especial, en qué medida el marco jurídico de la UE puede considerarse apropiado para abordar las necesidades de los solicitantes de asilo interceptados en el mar, véase MARINAI, S., “The interception and rescue at the sea of asylum seekers in the light of the new EU legal framework”, *RDCE*, n. 55, 2016, 901-939.

⁴⁰⁸ Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 del PE y del Consejo y por el que se derogan el Reglamento (CE) n° 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento (CE) n° 2007/2004 del Consejo y la Decisión 2005/267/CE del Consejo (*DOUE* L 251/1, de 16 de septiembre de 2016). Este Reglamento 2016/1624 prevé la creación de operaciones conjuntas y operaciones fronterizas rápidas. Las operaciones conjuntas son presentadas por los EM de la UE y coordinadas por la Agencia, o iniciadas y realizadas por esta en colaboración con el Estado de acogida y los EM interesados; DONAIRE VILLA, F.J., “El acervo de Schengen como instrumento y escenario de

Hasta la fecha, no se ha dictado jurisprudencia en la que el TEDH deba pronunciarse sobre demandas en las que se planteen la posible vulneración del art. 2 del CEDH por la expulsión de extranjeros rescatados en el mar a lugares donde su vida pueda estar en peligro. En este sentido, se podría discutir la posible responsabilidad que podría atribuirse a un EP por ordenar, por ejemplo, a una ONG o a un pesquero, el traslado de inmigrantes rescatados en el mar a un Estado en el que su vida, entre otros riesgos, pueda correr un peligro de ser vulnerada; orden incluso acompañada de la amenaza de aplicar sanciones penales en caso de incumplimiento⁴⁰⁹.

En su escasa jurisprudencia dictada sobre este tema el TEDH ha abordado algunas de las cuestiones que plantea el rescate de personas en peligro en el mar, pero solo desde la óptica de la obligación positiva de investigación de los hechos derivada del art. 2 del CEDH. Así, en *Xhavara y otros c. Italia y Albania* se plantea la interceptación de un grupo de inmigrantes irregulares albaneses en el Mediterráneo mientras trataban de llegar a las costas de Italia por un buque de la Armada italiana. Cincuenta y ocho inmigrantes se ahogaron como resultado. Según el TEDH, dado que el fatal accidente es causado por un buque de la Armada italiana, las autoridades italianas están obligadas, de conformidad con el art. 2 del CEDH, a realizar una investigación oficial, efectiva, independiente y pública de los hechos. Pero finalmente se concluye que la investigación penal iniciada

coordinación en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, en DONAIRE VILLA, F.J. y OLESTI RAYO, A. (Coords.), *Técnicas y ámbitos de coordinación en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2015, 107-140. Sobre el mandato de la Guardia Europea de Fronteras y Costas en relación operaciones conjuntas, así como las operaciones fronterizas rápidas véase, SOLER GARCÍA, C., “La guardia europea de fronteras y costas ¿un avance respecto a FRONTEX? Una valoración provisional”, *REEI*, n. 34, 2017, 1-44, pp. 23 a 27.

⁴⁰⁹ Un ejemplo es el rescate y salvamento llevado a cabo por la ONG española *Proactiva Open Arms*. El pasado mes de marzo de 2018, la citada ONG rescata y desembarca en Sicilia a 218 inmigrantes. Acto seguido, la Fiscalía de Catania inmoviliza el barco de la ONG ante un posible delito de promoción de la inmigración ilegal. Además, acusa a tres miembros del personal de la ONG *Proactiva* de asociación ilícita para la inmigración ilegal y ayuda a la inmigración clandestina. El Centro de Coordinación de Salvamento italiano mantiene que la responsabilidad de coordinar el rescate corresponde a las autoridades libias, sin embargo, la ONG no considera que Libia sea un país seguro. En este contexto, SÁNCHEZ LEGIDO apunta que: “cabe preguntarse si es compatible con sus disposiciones [en relación al CEDH] el que un Estado miembro sancione a un particular por no haber llevado a cabo un comportamiento [...] que, de haber sido realizado por los órganos de ese Estado, habría representado una violación de sus disposiciones”; SÁNCHEZ LEGIDO, A., “¿Héroes o villanos? Las ONG’s de rescate y las políticas europeas de lucha contra la inmigración irregular (a propósito del caso *Open Arms*)”, *RGDE*, n. 46, 2018, 9-60, p. 57. Otro caso más reciente sucedió el pasado mes de noviembre de 2018 cuando el pesquero alicantino “Nuestra Madre de Loreto” rescata a un grupo de 12 inmigrantes en alta mar, entre Libia y Sicilia, y se niega a desembarcarlos en Libia al no considerar a este como un Estado seguro, pese a las órdenes dadas en este sentido por el Gobierno español; Las provincias, “Pesquero Nuestra Madre de Loreto. Las contradicciones del Gobierno al declarar Libia puerto seguro para devolver migrantes”, 30 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://www.publico.es/sociedad/pesquero-nuestra-madre-loreto-contradicciones-gobierno-declarar-libia-puerto-devolver-migrantes.html>

por las autoridades italianas proporciona garantías adecuadas con respecto a los requisitos de eficacia e independencia. Por lo que se declara la demanda inadmisibile⁴¹⁰.

Como es sabido, el TEDH únicamente puede entrar a valorar y determinar la responsabilidad de un EP con arreglo al art. 2 del CEDH, por las operaciones de salvamento de personas en peligro en el mar que tienen lugar bajo su jurisdicción. Por tanto, no es posible acudir ante el TEDH por las acciones de salvamento llevadas a cabo por la UE, OI que todavía no es parte en el CEDH.

3. A MODO DE RECAPITULACIÓN

En primer lugar, el estudio de la jurisprudencia del TEDH pone de manifiesto que este órgano judicial aplica como DI en vigor en el ámbito regional europeo las propuestas de la CDI sobre la protección del derecho a la vida en el marco de la expulsión de extranjeros. En concreto, el TEDH reconoce la vigencia en el ámbito regional europeo de la prohibición de expulsión de extranjeros por los Estados que prohíben la pena de muerte en su ordenamiento interno, o por aquellos que la prevén, pero no la aplican.

En segundo lugar, esta jurisprudencia del TEDH ha sido posible gracias a la progresiva abolición de la pena de muerte en el ámbito de la estructura institucional regional que constituye el COE. Con el Protocolo n. 6 se prohíbe la pena de muerte en tiempos de paz y con posterioridad con el Protocolo n. 13 se prohíbe en todas las circunstancias. Aunque no todos los EP del CEDH han ratificado estos Protocolos, se ha formado un consenso europeo sobre la abolición de la pena de muerte. Por esta vía y dado que el derecho a la vida es un derecho inderogable, los Estados deben abstenerse de realizar cualquier acto, incluida la expulsión de extranjeros, que pueda suponer, de manera directa o indirecta, la vulneración del derecho a la vida.

⁴¹⁰ Concretamente, el TEDH observa que se ha iniciado un proceso contra el comandante del barco, acusado de homicidio y naufragio, habiendo sido procesado por un tribunal competente, sin que exista ninguna razón para creer que la investigación realizada por las autoridades italianas fuera ineficaz o independiente. La finalidad del procedimiento judicial contra el comandante es determinar si la conducta, presuntamente negligente del acusado, expuso a los pasajeros a un peligro desproporcionado en relación con el objetivo legítimo: la protección de la seguridad nacional. Este procedimiento permite determinar si las medidas de control de inmigración han sido aplicadas de manera incompatible con la obligación de los Estados de proteger el derecho a la vida de cualquier persona. Dada la complejidad del caso, el TEDH consideró que la duración total del procedimiento contra el comandante no era, en esa fecha, suficiente como para concluir que los demandantes estarían exentos de la obligación de agotar los recursos internos. Por lo que, en esta etapa procesal la queja fue rechazada debido a que el TEDH determinó que no se habían agotado los recursos internos; STEDH de 11 de enero de 2001 (decisión de admisibilidad), *Xhavara y otros quince c. Italia y Albania*, demanda n. 39473/98.

En este sentido y en tercer lugar, en su jurisprudencia el TEDH sostiene que no cabe la expulsión de un extranjero a un tercer Estado en el que vaya a ser enjuiciado sin todas las garantías exigidas por art. 6 del CEDH y pueda ser condenado a la pena de muerte. Además, teniendo en cuenta que desde la entrada en vigor del Protocolo n. 13, el derecho a la vida puede considerarse que es un derecho inderogable en cualquier circunstancia, no cabe la expulsión de un extranjero a un Estado en el que vaya a ser potencialmente condenado a la pena de muerte o ejecutado, si ya fue condenado con anterioridad; con independencia de las condiciones y garantías procesales en las que se desarrolla el juicio que da lugar a dicha condena.

En cuarto lugar, a la hora de responder a una demanda en la que el extranjero alega el riesgo que supone su expulsión a un Estado en el que potencialmente le puede ser aplicada la pena de muerte, el TEDH opta por una interpretación integrada de los arts. 2 y 3 del CEDH. El tribunal de Estrasburgo concede importancia a la incertidumbre y sufrimiento que puede sentir el extranjero que se ve abocado a una expulsión que puede tener como consecuencia la imposición y/o ejecución de una pena de muerte. En aquellos pronunciamientos en los que determina la vulneración del art. 3 del CEDH, el TEDH no cree necesario entrar a valorar la eventual violación del art. 2, como sucede en *Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido*. De ahí que su jurisprudencia en relación al derecho a la vida en el ámbito de la expulsión de extranjeros, no sea demasiado amplia si se compara, en términos cuantitativos, con la dictada en este ámbito en materia de prohibición de torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes (Capítulo III). Además, la mayor parte de Estados de todo el mundo han abolido la pena de muerte; por lo que no son demasiadas las demandas presentadas en Estrasburgo en las que se alegue el riesgo de condena a muerte en el Estado en el que el extranjero vaya a ser expulsado.

En quinto lugar, para evaluar el riesgo de condena y/o ejecución a la pena de muerte en caso de expulsión, el TEDH exige un papel activo a los EP, consistente en llevar a cabo una investigación de la situación con la que se puede encontrar el extranjero si es expulsado al Estado de destino, como queda claro en *Kaboulov c. Ucrania*. Esta misma diligencia también es exigida por el TEDH cuando el extranjero fallece bajo la custodia de las autoridades estatales del EP. Incluso cuando la muerte del extranjero no viene de la mano de las autoridades estatales que custodian al extranjero, pero estas no investigan de manera eficaz las causas del deceso, el TEDH declara la falta de diligencia de las autoridades del Estado y, por ende, la vulneración del art. 2 del CEDH.

En sexto lugar, el TEDH ha proyectado de forma muy incipiente su jurisprudencia sobre el art. 2 en el ámbito de las cuestiones relacionadas con el derecho a la vida de los extranjeros cuya vida corre peligro en el mar y son objeto de operaciones de rescate por órganos de los EP. Si bien, en estos casos, la escasa jurisprudencia que se ha dictado hasta la fecha únicamente se limita a recordar la debida diligencia que deben demostrar los EP a la hora de investigar las situaciones en las que extranjeros que se encuentran bajo su jurisdicción perecen en el contexto de operaciones marítimas, como mantiene en *Xhavara y otros c. Italia y Albania*. Hasta el momento, el TEDH no se ha pronunciado sobre un tema que actualmente está encima de la mesa: las acciones relacionadas con el salvamento de personas en peligro en el mar. En este sentido, se podría discutir la posible responsabilidad que podría atribuirse a un EP por ordenar, por ejemplo, a una ONG o a un pesquero, el traslado de inmigrantes rescatados en el mar a un Estado en el que su vida, entre otros riesgos, pueda correr un riesgo real de ser vulnerada. Asimismo, muchas operaciones de rescate de personas en peligro en el mar son llevadas a cabo por la UE en coordinación con los EM. En estos casos, cuando en el marco de una de estas operaciones se da una violación de los DDHH de las personas rescatadas, el particular no puede acudir ante el TEDH por los actos que se atribuyan a la UE, dado que esta OI todavía no es parte del CEDH. Desde luego, este es un ámbito en el que específicamente se pone de manifiesto la necesidad de la adhesión de la UE al CEDH.

Capítulo III

EL RESPETO DE LOS DERECHOS INDEROGABLES (II): LA PROHIBICIÓN DE LA TORTURA, PENAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES COMO LÍMITE A LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

1. INTRODUCCIÓN

En su Proyecto la CDI dedica dos disposiciones a la prohibición de la tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes como límite a la expulsión de extranjeros. Por un lado, desde el punto de vista de una dimensión preponderantemente *ad intra*, el art. 17 del Proyecto preceptúa que:

“el Estado expulsor no someterá a un extranjero objeto de expulsión a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

Se trata de una prohibición general que resulta de aplicación durante todo el procedimiento de expulsión de un extranjero, y sobre la que la jurisprudencia de los tribunales regionales europeos se ha pronunciado en un cierto número de casos, como se comprobará en el Capítulo VI.

Por otro lado, desde la óptica de una dimensión *ad extra*, el art. 24 del Proyecto presenta el siguiente tenor literal:

“Un Estado no expulsará a un extranjero a un Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometido a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

En sus comentarios, el órgano codificador explica que esta prohibición se inspira en el art. 3 de la CCT, si bien esta última Convención limita la expulsión de un extranjero únicamente cuando corra riesgo de ser sometido a actos de tortura en el tercer Estado al que se le expulsa⁴¹¹. La propuesta de la CDI abarca también el riesgo de que el extranjero

⁴¹¹ Proyecto de la CDI, Doc. A/69/10, comentario 1) a la propuesta de art. 24, p. 65. Véase la aplicación de la prohibición de expulsión únicamente en caso de tortura en los dictámenes del CAT en: CAT, comunicación n. 228/2003, *T.M. c. Suecia*, CAT/C/31/D/228/2003, 18 de noviembre de 2003; CAT, Comunicación n. 166/2000, *B.S. c. Canadá*, CAT/C/27/D/166/2000, 14 de noviembre de 2001; CAT, comunicación n. 49/1996, *S. V. c. Canadá*, CAT/C/26/D/49/1996, 15 de mayo de 2001. En este sentido, Estados como Portugal y España han manifestado su apoyo al 24; CDI, “Noveno informe sobre la expulsión

sea sometido a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes como límite para su expulsión. Según el órgano codificador esta propuesta está confirmada a nivel universal y en determinados sistemas regionales⁴¹². En este sentido, la prohibición de expulsión prevista en el citado art. 24, se limita a codificar una norma de DI consuetudinario. El carácter absoluto de la prohibición de devolución en estas circunstancias ha sido, además, declarado por el CAT en varias ocasiones⁴¹³. Sin embargo, algún Estado ha valorado el art. 24 del Proyecto de la CDI como una propuesta de desarrollo progresivo del DI⁴¹⁴.

Como es sabido, la prohibición la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, se encuentra recogida en instrumentos jurídicos con vocación universal como es la DUDH, el PIDCP y la CCT de 1984⁴¹⁵. Asimismo, se establece en tratados de protección de los DDHH de carácter regional⁴¹⁶. Se trata de una norma de carácter

de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/670, 25 de marzo de 2014, párr. 58.

⁴¹² A nivel internacional esta práctica ha sido consolidada por el CDH, en aplicación del PIDCP; véase, por ejemplo, CDH, Observación general n. 20, “Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7)”, 44º período de sesiones (1992), párr. 9; CDH, Observación general n. 31, “La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto”, 80º período de sesiones (2004), párr. 12; CERD, Recomendación General n. 30 “sobre la discriminación contra los no ciudadanos”, 65º período de sesiones (2005), párr. 27; CRC, Observación general n. 6 (2005), “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005, párrs. 26 a 28. En el marco de los subsistemas regionales puede observarse la prohibición de expulsión en estas circunstancias en el art. 13 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, de 9 de diciembre de 1985. Por su parte la CADH se refiere a la prohibición de expulsión ante un riesgo para el derecho a la vida o a la libertad personal en el art. 22.8 y el art. 3 del CEDH amplía el alcance de la prohibición, respecto al art. 3 de la CCT, al extender la protección, además de contra la tortura, contra los tratos crueles, inhumanos o degradantes. En el DUE, la CDFUE señala en el art. 19.2 que: “nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”.

⁴¹³ Véase a título de ejemplo, CAT, comunicación n. 444/2010, *Abdussamatov y otros c. Kazajistán*, CAT/C/48/D/444/2010, 1 de junio de 2012, párr. 13.7; CAT, comunicación n. 297/2006, *Singh Sogi c. el Canadá*, CAT/C/39/D/297/2006, 16 de noviembre de 2007; CAT, comunicación n. 228/2003, *T.M. c. Suecia*, CAT/C/31/D/228/2003, 18 de noviembre de 2003; CAT, comunicación n. 166/2000, *B.S. c. Canadá*, CAT/C/27/D/166/2000, 14 de noviembre de 2001; CAT, comunicación n. 049/1996, *S. V. c. Canadá*, CAT/C/26/D/49/1996, 15 de mayo de 2001; CAT, comunicación n. 110/1998, *Nuñez Chipana c. Venezuela*, CAT/C/21/D/110/1998; 10 de noviembre de 1998; CAT, comunicación n. 39/1996, *Páez c. Suecia*, CAT/C/18/D/39/1996, 28 de abril de 1997. En la doctrina, véase DE WET, E., “The prohibition of torture as an International Norm of Jus Cogens and its Implications for National and Customary Law”, *European Journal of International Law*, vol. 15, n. 1, 2004, 97-121, p. 100.

⁴¹⁴ Según EEUU, “esta ampliación se justifica principalmente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...] no constituye un fundamento suficiente para presentar a este Proyecto de artículos como codificación del derecho vigente, sino que muestran claramente que el Proyecto de artículo supone un esfuerzo en pro del desarrollo progresivo”: CDI, “Expulsión de extranjeros. Comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos”, A/CN.4/669, 21 de marzo de 2014, p. 58.

⁴¹⁵ Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984 (BOE n. 268, de 9 de noviembre de 1987).

⁴¹⁶ El Convenio Europeo para la prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, hecho en Estrasburgo el 26 de noviembre de 1987 (BOE n. 159, de 5 de julio de 1989); el art. 5 de la DUDH; art. 7 del PIDCP; art. 5.2 de la CADH; art. 5 de la CADHP; art. 3 del CEDH. En el DUE tal prohibición se encuentra recogida en el art. 4 de la CDFUE.

absoluto y de *ius cogens*, como ha sido confirmado por el CAT⁴¹⁷. Para la CIJ no cabe duda de que esta prohibición se encuentra entre las normas de DI general que obligan a los Estados en todas las circunstancias, incluso al margen de cualquier compromiso contraído⁴¹⁸. En este sentido, el TPIY considera que se trata de una prohibición de naturaleza *ius cogens*, que impone a los Estados obligaciones *erga omnes*⁴¹⁹.

En el subsistema regional del COE, el art. 3 del CEDH establece que “nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos humanos o degradantes”. Por tanto, el CEDH no contempla los “comportamientos crueles”, que sí prevé el art. 17 del Proyecto de la CDI. A diferencia de la mayoría de las cláusulas sustantivas del CEDH y de sus Protocolos, el art. 3 del CEDH constituye una prohibición inderogable que no contempla excepciones, de conformidad con el art. 15.1 y 2 del CEDH⁴²⁰.

El TEDH también ha confirmado que la prohibición de tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes ha alcanzado el estatus de norma imperativa en el DI, citando

⁴¹⁷ Observación general n. 2, “Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes”, CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008, párr. 5.

⁴¹⁸ CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea c. Democratic Republic of the Congo)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 639, párr. 87. Asimismo, en otro pronunciamiento, la CIJ mantiene que: “the prohibition of torture is part of customary international law and it has become a peremptory norm (jus cogens). That prohibition is grounded in a widespread international practice and on the opinio juris of States”; CIJ, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422, párr. 99. En este sentido, AGNU, “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, Resolución 56/83 (Anexo), de 12 de diciembre de 2001, art. 41.1.

⁴¹⁹ Las consecuencias directas de esta naturaleza son, por una parte, que los Estados no puedan, a través de tratados internacionales, regionales, normas nacionales, costumbre o normas consuetudinarias, introducir cambios que puedan mermar esta prohibición. Por otra parte, la violación de la prohibición de torturas y otras formas de malos tratos constituye una violación del derecho correlativo de todos los miembros de la comunidad internacional, que puede dar lugar a que cualquier Estado reclame su incumplimiento por parte de otro Estado: TPIY, Sala de Primera Instancia, 10 de diciembre de 1998, *Prosecutor c. Anto Furundzija*, caso n. IT-95-17/1-T, párrs. 151 a 154.

⁴²⁰ En la jurisprudencia del TEDH véase, STEDH de 9 de enero de 2018, *X. c. Suecia*, demanda n. 36417/16, párr. 55; STEDH de 6 de abril de 2000, *Labita c. Italia*, demanda n. 26772/95, párr. 119; STEDH de 28 de julio de 1999, *Selmouni c. Francia*, demanda n. 25803/94, párr. 95; STEDH de 28 de octubre de 1998, *Assenov y otros c. Bulgaria*, demanda 24760/94, párr. 93; STEDH de 18 de diciembre 1996, *Aksoy c. Turquía*, demanda n. 21987/93, párr. 62. La CorteIDH también establece la prohibición absoluta e inderogable de la norma que prohíbe las torturas y los tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, en circunstancias de guerra, estado de sitio, de emergencia, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna, etc.; CorteIDH. *Lori Berenson Mejía c. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2004 (Fondo Reparaciones y Costas), párr. 100; CorteIDH. *Tibi y sus familiares c. Ecuador*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); CorteIDH. *Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú*. Sentencia de 8 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 111. En esta línea, tanto el CAT como el CDH también mantienen que la prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes no admiten límites ni siquiera en situaciones excepcionales; CDH, Observación general n. 20, “Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7)”, 44º período de sesiones (1992); CDH, Observación general n. 29, “Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción (artículo 4)”, 72º período de sesiones (2001); CAT en su Observación general n. 2, “Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes”, CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008, párrs. 3 a 6.

a este respecto la jurisprudencia del TPIY⁴²¹. En consecuencia, se prohíbe en términos absolutos la tortura, las penas y los tratos inhumanos o degradantes, con independencia de la conducta de las víctimas, las actividades en que hubieran participado y cualquier otra circunstancia, como puede ser la participación en actividades terroristas o en grupos de delincuencia organizada (epígrafe 2)⁴²².

El TEDH se ha encargado de definir el contenido y alcance del art. 3 del CEDH. Con carácter general, los malos tratos deben alcanzar un nivel mínimo de gravedad para considerarlos como contrarios al CEDH⁴²³. La valoración de este mínimo es relativa, ya que se debe atender a todas las circunstancias del caso, incluyendo la duración del trato ejercido contra la persona y sus efectos físicos y mentales, además de, en ocasiones, a la edad, sexo y estado de salud de la víctima⁴²⁴. Para determinar el mínimo de gravedad exigible por el TEDH, las alegaciones de tratos contrarios al art. 3 deben ser apoyadas con pruebas adecuadas. En este sentido, debe tenerse en cuenta el criterio de la prueba “más allá de toda duda razonable”; pero añade el TEDH que esta prueba puede derivarse de la coexistencia de deducciones suficientemente sólidas, claras y concordantes, así como de presunciones de hecho similares no refutadas⁴²⁵.

⁴²¹ STEDH de 21 de noviembre de 2001, *Al-Adsani c. Reino Unido*, demanda n. 35763/97, párs. 60 y 61.

⁴²² En este sentido, la lucha contra el terrorismo no puede llevarse a cabo vulnerando los principios sobre los que se asienta el Estado de Derecho, así como las normas internacionales de DDHH; STEDH de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia*, demanda n. 16483/12, p. 158; STEDH de 3 de julio de 2014, *Georgia c. Rusia (I)*, demanda n. 13255/07, p. 126. En términos similares se pronuncia el CAT al declarar que: “el carácter de las actividades en que la persona interesada hubiera participado no puede ser una consideración sustancial al adoptarse una decisión en virtud del artículo 3 de la Convención”; Comunicación n. 39/1996, *Páez c. Suecia*, CAT/C/18/D/39/1996, 28 de abril de 1997, p. 14.5. Como señala SALINAS DE FRÍAS, “el Tribunal ha recordado a los Estados que no pueden escapar de sus obligaciones convencionales para con la protección de los derechos fundamentales acogiendo a la afirmación de que la regulación del derecho de extranjería es un atributo esencial de la soberanía estatal, utilizando dicho argumento como «carte blanche» para violar algunos principios básicos del Derecho internacional público y de la propia CEDH”; SALINAS DE FRÍAS, A., “Detención, garantías esenciales y Estado de derecho en la jurisprudencia del TEDH”, *UNED. Revista de Derecho Político*, n. 79, 2010, 285-333, p. 307.

⁴²³ Entre otras muchas, STEDH de 23 de julio de 2013, *Aden Ahmed c. Malta*, demanda n. 55352/12, párs. 60 y 85; STEDH de 22 de septiembre de 2009, *Abdolkhani y Karimnia c. Turquía*, demanda n. 30471/08, p. 73; STEDH de 24 de enero de 2008, *Riad y Idiab c. Bélgica*, demandas n. 29787/03 y 29810/03, párs. 95 y 96.

⁴²⁴ Véase, entre otras, STEDH de 10 de febrero de 2004, *Gennadi Naoumenko c. Reino Unido*, demanda n. 42023/98, p. 108; STEDH de 10 de julio de 2001, *Price c. Reino Unido*, demanda n. 33394/96, p. 24; STEDH de 14 de noviembre de 2002, *Mouisel c. Francia*, demanda n. 67263/01, p. 37.

⁴²⁵ STEDH de 28 de septiembre de 2015, *Bouyid c. Bélgica*, demanda n. 23380/09, p. 82; STEDH de 11 de julio de 2006, *Jalloh c. Alemania*, demanda n. 54810/00, p. 67; STEDH de 4 de julio de 2006, *Ramírez Sánchez c. Francia*, demanda n. 59450/00, p. 117; STEDH de 6 de abril de 2000, *Labita c. Italia*, demanda n. 26772/95, p. 121. Además, cuando los hechos controvertidos se basan, total o parcialmente, en el conocimiento exclusivo de las autoridades, como sucede en los casos de personas que se encuentran bajo su custodia, por ejemplo en el marco de una detención, la carga de la prueba recae en el Gobierno, quien debe proporcionar una explicación satisfactoria, mediante la presentación de pruebas, para desvirtuar las alegaciones realizadas por la víctima acerca de los hechos; entre otras, STEDH de 28 de septiembre de

La principal diferencia entre las torturas y las penas o tratos inhumanos o degradantes es la intensidad del sufrimiento infligido⁴²⁶. El TEDH estigmatiza especialmente aquellos tratos que producen sufrimientos graves o crueles, siendo la tortura la forma más agravada de maltrato⁴²⁷. Con todo, considera que el CEDH es un instrumento vivo que debe interpretarse a la luz de las circunstancias actuales. En consecuencia, actos que anteriormente han sido calificados como tratos inhumanos o degradantes, en el futuro pueden clasificarse como tortura⁴²⁸.

El tribunal de Estrasburgo califica como “inhumanos” aquellos tratos premeditados que se aplican durante horas y causan lesiones físicas reales y/o sufrimiento físico o mental intenso⁴²⁹. Ante la ausencia de estas lesiones, dicho tratamiento puede calificarse de degradante y, por tanto, recaer dentro de la prohibición del art. 3 si humilla o degrada al individuo mostrando falta de respeto o menosprecio de su dignidad humana y provocando sentimientos de miedo, angustia o inferioridad capaces de minar la resistencia moral y/o física de un individuo⁴³⁰. Por ejemplo, en *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga*

2015, *Bouyid c. Bélgica*, demanda n. 23380/09, párr. 83; STEDH de 13 de diciembre de 2012, *El-Masri c. La ex República Yugoslava de Macedonia*, demanda n. 39630/09, párr. 152; STEDH de 4 de octubre de 2011, *Mete y otros c. Turquía*, demanda n. 294/08, párr. 112; STEDH de 10 de marzo de 2009, *Turan Cakir c. Bélgica*, demanda n. 44256/06, párr. 54; STEDH de 1 de abril de 2004, *Rivas c. Francia*, demanda n. 59584/00, párr. 38. En ausencia de la tal explicación, el Tribunal puede extraer conclusiones que sean desfavorables para el Gobierno; STEDH de 27 de junio de 2000, *Salman c. Turquía*, demanda n. 21986/93, párr. 99. Por ejemplo, el TEDH considera que, en relación a los casos de personas privadas de libertad, el recurso a la fuerza física, no siendo estrictamente necesaria a juzgar por la conducta del afectado, disminuye la dignidad humana y constituye, principio, una violación del art. 3 del CEDH; STEDH de 13 de diciembre de 2012, *El-Masri c. La ex República Yugoslava de Macedonia*, demanda n. 39630/09, párr. 207; STEDH de 4 de octubre de 2011, *Mete y otros c. Turquía*, demanda n. 294/08, párr. 106.

⁴²⁶ STEDH de 20 de marzo de 2018 (revisión), *Irlanda c. Reino Unido*, demanda n. 5310/71, párr. 132. La importancia de la delimitación de cada uno de estos tratos reside en que el Tribunal entiende que existen actos violentos condenables según el derecho interno de los Estados pero que no contravienen el art. 3 del CEDH.

⁴²⁷ Entre otras, STEDH de 13 de diciembre de 2012, *El-Masri c. La ex República Yugoslava de Macedonia*, demanda n. 39630/09, párr. 197; STEDH de 27 de junio de 2000, *Ilhan c. Turquía*, demanda n. 22277/93, párr. 85; STEDH de 28 de marzo de 2000, *Mahmut Kaya c. Turquía*, demanda n. 22535/93, párr. 117. De este modo lo contempla también el art. 1.2 Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la AGNU en su resolución 3452 (XXX), de 9 de diciembre de 1975.

⁴²⁸ Esto obedece a que, para el TEDH, el alto nivel de exigencia en la protección de los DDHH y las libertades exige una mayor firmeza a la hora de evaluar las violaciones de los valores fundamentales de las sociedades democráticas. STEDH de 27 de noviembre de 2003, *Hénaf c. Francia*, demanda n. 65436/01, párr. 55; STEDH de 28 de julio de 1999, *Selmouni c. Francia*, demanda n. 25803/94, párr. 101.

⁴²⁹ STEDH de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, demanda n. 14038/88, párr. 111.

⁴³⁰ STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica*, demanda n. 30696/09, párr. 220; STEDH de 29 de abril de 2002, *Pretty c. Reino Unido*, demanda n. 2346/02, párr. 52. En la medida en que sea suficientemente real e inmediata, una simple amenaza de conducta prohibida por el art. 3 puede estar en contradicción con dicha disposición. Por tanto, amenazar a un individuo con tortura podría, en algunas circunstancias, constituir, al menos, un trato inhumano; STEDH de 25 de febrero de 1982, *Campbell y Cosans c. Reino Unido*, demanda n. 7511/76; 7743/76, párr. 26. En consecuencia, no es necesario que se trate de un menoscabo físico, sino que puede tratarse de un sufrimiento a causa de un tratamiento del que pueda

c. *Bélgica* se aborda el caso de una niña de cinco años, de nacionalidad congoleña, separada de su madre y enviada a un centro de detención. En este caso las secuelas psicológicas, fruto de la detención y separación sufridas por la menor, son equivalentes a un trato inhumano contrario al art. 3 del CEDH, como se estudiará en el Capítulo VI con relación a las condiciones de detención de los extranjeros que son objeto de un procedimiento de expulsión⁴³¹.

En relación a las penas o tratos degradantes el TEDH, por un lado, se refiere a los tratos degradantes como actos de menor intensidad pero susceptibles de infundir angustia e inferioridad capaces de humillar a la persona y romper la resistencia moral y física de un individuo⁴³² y, por otro lado, a las penas degradantes que se basan en una humillación o envilecimiento elevado a un determinado nivel⁴³³.

En el ámbito más específico del DUE, el art. 4 de la CDFUE, en el que se establece la prohibición de las torturas y penas o tratos inhumanos o degradantes, también es interpretado por el TJUE como una norma de carácter absoluto e indisociable del respeto a la dignidad humana previsto en el art. 1 de la CDFUE. El art. 4 de la CDFUE presenta la misma redacción que el art. 3 del CEDH; en consecuencia, “su sentido y alcance son iguales a los que les confiere dicho artículo del CEDH, según dispone el artículo 53, apartado 3, de la Carta”⁴³⁴.

Aunque el CEDH no reconoce expresamente la prohibición de expulsión o no devolución de un extranjero cuya vida o integridad física pueda estar en riesgo en el Estado al que se le va a expulsar, esta prohibición se desprende de otras disposiciones del CEDH. En concreto, la prohibición de no devolución se desprende del art. 2 que protege

considerarse responsable a las autoridades estatales, ya sea por las condiciones de detención, expulsión, u otras medidas; STEDH de 26 de febrero de 2015, *M.T. c. Suecia*, demanda n. 1412/12, pár. 46.

⁴³¹ Además de determinar la violación del art. 3 del CEDH respecto de la menor, el TEDH también determina la vulneración del mismo precepto con respecto a su madre, a quien no informaron de la deportación de su hija y cuyo desconocimiento, según el TEDH, supuso un trato contrario al art. 3, STEDH de 12 de octubre de 2006, *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, demanda n. 13178/03, párs. 67 a 71. A la hora de analizar la gravedad de los tratos, el TEDH entra a valorar la intencionalidad con la que se ha infligido el daño, así como la experiencia sufrida por la víctima. Esta interpretación del art. 3 del CEDH ha llevado al TEDH a entender que una discriminación racial, por sí misma, puede ser constitutiva de un trato contrario al art. 3 del CEDH; STEDH de 10 de mayo de 2001, *Cyprus c. Turquía*, demanda n. 25781/94, pár. 310.

⁴³² STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n. 30696/09, pár. 220; STEDH de 29 de abril de 2002, *Pretty c. Reino Unido*, demanda n. 2346/02, pár. 50; STEDH de 26 de octubre del 2000, *Kudla c. Polonia*, demanda n. 30210/96, pár. 52.

⁴³³ El TEDH subraya que el hecho de que la víctima se considere humillada, en ocasiones, puede ser suficiente, sin que sea necesario que dicha humillación haya sido pública; STEDH de 25 de abril de 1978, *Tyrrer c. Reino Unido*, demanda n. 5856/72, pár. 29.

⁴³⁴ Véase, entre otras, STJUE de 16 de febrero de 2017, *C.K., H.F., A.S.*, asunto C-578/16 PPU, apdos. 59 y 67; STJUE de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru*, asuntos acumulados C-404/15 y C-659/15 PPU, apdos. 85 y 86.

el derecho a la vida (Capítulo II.2.1.) y del art. 3 que protege contra el riesgo de tortura y otras penas o tratos inhumanos o degradantes (Capítulo III)⁴³⁵. En este sentido, el TEDH reconoce que los EP tienen derecho a controlar la entrada, residencia y expulsión de extranjeros, aunque siempre con sujeción a todas las obligaciones internacionales que les vinculan. La expulsión de un extranjero por un EP del CEDH puede comprometer su responsabilidad internacional, si se demuestra que el extranjero corre el riesgo de sufrir tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes en el Estado de destino⁴³⁶. Por tanto, el principio de no devolución es un principio inherente al art. 3 del CEDH, cuyo desarrollo se ha producido principalmente a través de la interpretación realizada por el TEDH⁴³⁷. De ahí que en este Capítulo se analicen las múltiples vertientes que se desprenden de esta jurisprudencia.

Se estudia, en primer lugar, el carácter absoluto del principio de no devolución de conformidad con el art. 3 del CEDH (epígrafe 2). A continuación, se aborda la jurisprudencia del TEDH que se encarga de valorar el riesgo previsible en caso de expulsión (3); en concreto, a quién le corresponde la carga de la prueba indiciaria (3.1.); así como los factores de evaluación del riesgo (3.2.), los cuales abarcan tanto la valoración del elemento objetivo (3.2.1.), como la valoración del elemento subjetivo (3.2.2.). Seguidamente se analiza la doctrina del control efectivo en la aplicación del art. 3 del CEDH en casos de expulsión de extranjeros (4).

En el epígrafe que sigue se estudia el alcance de la prohibición de no devolución de conformidad con el art. 3 del CEDH cuando el riesgo proviene de actores no estatales (5).

⁴³⁵ A este respecto véase, MALINVERNI, G., “I limiti all’espulsione secondo la Convenzione europea dei diritti dell’uomo”, en SALERNO, F. (Ed.), *Diritti dell’uomo, estradizione ed espulsione. Atti del Convegno di studio organizzato dall’Univ. di Ferrara per salutare Giovanni Battaglini (29-30 ottobre 1999)*, Cedam, Padova, 2003, 165-182, p. 165 y ss.

⁴³⁶ Entre otras muchas, STEDH de 5 de junio de 2018, *Amerkhanov c. Turquía*, demanda n. 16026/12, pár. 51; STEDH de 5 de junio de 2018, *Batyrkhairov c. Turquía*, demanda n. 69929/12, pár. 45; STEDH de 23 de agosto de 2016, *J.K. y otros c. Suecia*, demanda n. 59166/12, pár. 79; STEDH de 23 de marzo de 2016, *F.G. c. Suecia*, demanda n. 43611/11, pár. 111; STEDH de 12 de enero de 2016, *A.G.R. c. Países Bajos*, demanda n. 13442/08, pár. 54; STEDH de 9 de julio de 2015, *R.K. c. Francia*, demanda n. 61264/11, pár. 58; STEDH de 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia*, demanda n. 37201/06, párs. 124 y 125. La prohibición de expulsión en caso de riesgo para el extranjero de sufrir tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes también es reconocida en las veinte directrices para el retorno forzoso del COE; Committee of Ministers, “Twenty Guidelines on Forced Returns”, CM(2005)40 final. Strasbourg, 9 may 2005, directriz 2.1, letra a). Como señala SALADO OSUNA, es necesario que exista una relación de causalidad, esto es, a consecuencia de la expulsión de un extranjero a un tercer Estado, dicha persona corra el riesgo de sufrir un trato prohibido por el art. 3 del CEDH; SALADO OSUNA, A., “Los tratos prohibidos en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA MACHETTI, P., (Coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 3ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, 85-112, p. 111.

⁴³⁷ Explicación relativa al art. 19 apdo. 2; Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales (2007/C 303/02) (DOUE C 303/17, de 14 de diciembre de 2007).

Después se aborda como el TEDH aplica las medidas cautelares previstas en su estatuto, en los casos relacionados con el riesgo de vulneración del art. 3 del CEDH en caso de expulsión (6).

Posteriormente es objeto de análisis la jurisprudencia del TEDH relativa a la prohibición de expulsión por motivos de salud (7). A este respecto, se pueden diferenciar dos líneas jurisprudenciales: la primera es la establecida a partir de *D. c. Reino Unido* (7.1.) y la segunda la desarrollada a partir de *Paposhvili c. Bélgica* (7.2.). Seguidamente se procede al estudio de la jurisprudencia dictada con relación a la problemática que presentan las garantías diplomáticas como salvoconducto para expulsar a un extranjero ante el riesgo de trato contrario al art. 3 del CEDH (8); en primer lugar, se aborda su fundamento (8.1.), para después analizar la abundante jurisprudencia que ha permitido que se concreten una serie de criterios que permiten valorar la fiabilidad de las garantías diplomáticas (8.2.).

La prohibición de expulsar a un extranjero ante el riesgo de que sufra un trato contrario al art. 3 del CEDH no supone que el EP siempre deba conceder protección internacional a este extranjero. El TEDH permite algunas alternativas en estos casos (9), como es la reubicación del extranjero en el Estado de origen, práctica conocida en su jurisprudencia como “internal flight” (9.1.); así como la expulsión del extranjero a un tercer Estado considerado como “seguro” (9.2.). El TEDH ha establecido un conjunto de criterios que permiten determinar qué cabe entender por Estado “seguro”: en primer lugar, se debe garantizar que el Estado de destino, a su vez, no expulsará al extranjero a un Estado donde sufra el riesgo de trato contrario al art. 3 del CEDH, lo que se conoce como principio de “*non refoulement* indirecto” (9.2.1.). Además, el TEDH ha desarrollado una serie de criterios para considerar un Estado como “seguro”, a la luz de su jurisprudencia en torno al sistema europeo de determinación del EM responsable de tramitar la solicitud de protección internacional, conocido como “Sistema Dublín” (9.2.2.).

Para finalizar, se ofrece a modo de recapitulación una síntesis y valoración de la jurisprudencia estudiada en el presente Capítulo (10).

2. EL CARÁCTER ABSOLUTO DEL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN DE CONFORMIDAD CON EL ART. 3 DEL CEDH

Como ya se ha señalado en la Introducción del presente Capítulo, el art. 3 del CEDH consta de una doble dimensión: por un lado, de una dimensión *ad intra* que prohíbe a todo

EP llevar a cabo actos de tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes contra un sujeto que se encuentre bajo su jurisdicción; y, por otro lado, de una dimensión *ad extra* por la que se prohíbe al EP que exponga a un sujeto ante el riesgo de sufrir tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes por medio de su expulsión a un tercer Estado. Esta segunda dimensión tiene el mismo carácter absoluto que la primera⁴³⁸.

En el momento en el que Estado tenga conocimiento de que existe un riesgo de tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes en caso de expulsar al extranjero a un tercer Estado, surge para el EP una obligación de protegerlo. Para ello debe implantar, dentro de su ámbito de competencia, las medidas operativas preventivas que, razonablemente, se podría esperar que el Estado adopte para evitar ese riesgo⁴³⁹. Ejemplos de estas medidas son, como se verá más adelante, la no expulsión del extranjero cuando se corrobore la existencia de un riesgo en caso de expulsión, o la adopción de medidas cautelares mientras se determina la existencia o no de riesgo en caso de expulsión (epígrafe 6); o la petición de garantías diplomáticas (epígrafe 8).

El inicio de la línea jurisprudencial del TEDH relativa a la prohibición de expulsar a un extranjero a un Estado en el que corra el riesgo de sufrir tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes, tiene lugar con *Soering c. Reino Unido*, al que ya se ha hecho referencia en el Capítulo II. Este caso da lugar a lo que comúnmente se conoce como “jurisprudencia o doctrina *Soering*”, según la cual la expulsión de un extranjero desde un EP puede dar lugar a una violación del art. 3 del CEDH si existen evidencias que demuestren que la persona, de ser expulsada, sufre un riesgo real de ser sometida a los tratos prohibidos por el art. 3 del CEDH en el Estado de destino⁴⁴⁰. A partir de *Soering*,

⁴³⁸ STEDH de 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia*, demanda n. 37201/06, párs. 125 y 138; STEDH de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, demanda n. 14038/88, pár. 111. Sobre el carácter absoluto de la prohibición de devolución, véase en la doctrina, BATTJES, H., “In Search of a Fair Balance: the absolute character of the prohibition of refoulement under article 3 ECHR reassessed”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 22, 2009, 583-621.

⁴³⁹ STEDH de 26 de enero de 2017, *Khamidkariyev c. Rusia*, demanda n. 42332714, pár. 145; STEDH de 25 de abril de 2013, *Savridin Dzhurayev c. Rusia*, demanda n. 71386/10, pár. 180.

⁴⁴⁰ En *Soering c. Reino Unido*, el demandante alega que su expulsión por parte de Reino Unido a los EEUU, donde sería retenido en el corredor de la muerte hasta su ejecución, lo expone ante el riesgo de sufrir tratos contrarios al art. 3 del CEDH. Si bien, el enfoque que adopta el TEDH se basa en el hecho de que, aunque no afirma que la pena de muerte constituya una violación del art. 3, sí que lo son las circunstancias que envuelven su espera en el corredor de la muerte. La valoración del umbral mínimo de gravedad debe realizarse a la luz de las circunstancias especiales del caso. En este supuesto el TEDH, habida cuenta del largo periodo de tiempo de detención hasta la ejecución y dada la juventud y el estado mental del demandante, determina que la tensión y el sufrimiento al que estaría expuesto en el corredor de la muerte alcanza el umbral mínimo exigido por el art. 3 del CEDH para determinar que su expulsión a EEUU por parte de Reino Unido conllevaría una vulneración del art. 3 por parte de este último; STEDH de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, demanda n. 14038/88, pár. 111. La doctrina mantiene que la decisión del TEDH de que el art. 3 del CEDH tenga una aplicación extraterritorial puede ser criticada, principalmente, por dos motivos: en primer lugar, podría considerarse injusto responsabilizar a los EP de los malos tratos

con relación a un buen número de demandas, el TEDH se ha pronunciado sobre la aplicación del art. 3 del CEDH como límite a la expulsión de extranjeros⁴⁴¹; jurisprudencia que a su vez ha servido de referencia a otros tribunales internacionales, como el TPIY⁴⁴².

Con *Soering* se afirma que sobre los EP recae la obligación de no propiciar la comisión de actos contrarios al art. 3 del CEDH al expulsar a una persona que se encuentra bajo su jurisdicción a un Estado en el que corra el riesgo de que se vulnere este precepto. Se trata de una prohibición de carácter absoluto, como ya se ha insistido en la Introducción de este Capítulo. Aunque el propio TEDH ha reconocido que los EP con fronteras exteriores de la UE experimentan importantes dificultades para hacer frente a la creciente afluencia de migrantes y solicitantes de protección internacional que llegan a sus fronteras, al mismo tiempo ha reiterado el carácter absoluto del art. 3. Por tanto, una afluencia creciente de extranjeros no puede eximir a un Estado de sus obligaciones en virtud del citado art. 3 del CEDH⁴⁴³.

Del mismo modo, los EP tampoco pueden alegar motivos de seguridad y orden público para socavar el carácter absoluto del art. 3 del CEDH. Por consiguiente, las actividades llevadas a cabo por un extranjero, por indeseables que sean, no pueden poner en duda el carácter absoluto de la prohibición de expulsión si existe un riesgo de

que la persona expulsada pudiera recibir en el Estado de destino; en segundo lugar, porque esta tendencia jurisprudencial puede conllevar un impacto potencialmente negativo en la seguridad nacional de los Estados contratantes; VAN DEN WYNGAERT, C., “Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandora's Box?”, *ICLQ*, vol. 39, n. 4, 1990, 757-779, pp. 759 y 760. Otra parte de la doctrina señala que esta aplicación del art. 3 del CEDH deriva de una interpretación extensiva y teleológica de las obligaciones que competen a los EP; CHETAİL, V., “Le Droit des Réfugiés à l'Épreuve Des Droits de l'Homme: Bilan de la Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme sur l'Interdiction du Renvoi des Étrangers Menacés de Torture et de Traitements Inhumains ou Dégradants”, *Revue Belge de Droit International*, vol. 37, n. 1, 2004, 155-210, p. 161.

⁴⁴¹ En un contexto relacionado con el asunto *Soering*, relativo a la expulsión de un sujeto bajo pena de cadena perpetua en caso de expulsión, véase, STEDH de 4 de septiembre de 2014, *Trabelsi c. Bélgica*, demanda n. 140/10, párr. 121 y ss. En *Soering*, Reino Unido no está de acuerdo con la línea jurisprudencial adoptada por el TEDH, ya que no estaba conforme con interpretar el art. 3 del CEDH de manera que se pueda hacer responsable a los EP por los actos llevados a cabo por otros países; STEDH de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, demanda n. 14038/88, párr. 83. Desde ese momento, Reino Unido lucha por cambiar la interpretación del TEDH, respecto al art. 3, con el fin de incluir en la valoración de este artículo la seguridad nacional. Para ello ha solicitado intervenir en asuntos como *Saadi c. Italia* y *Ramzy c. Países Bajos*. Además, también ha pedido en estos casos la intervención de los Gobiernos de otros Estados que también secundaban su posición acerca de la influencia que debe tener la seguridad nacional en el estándar probatorio que se exija al demandante respecto al art. 3 del CEDH; CONDE PÉREZ, E., “TEDH — Sentencia de 28.02.2008, Saadi c. Italia, 37201/06 — Artículo 3 CEDH-Prohibición de Torturas y Penas o Tratos Inhumano o Degradantes — Terrorismo v. Tortura”, *RDCE*, n. 32, 2009, 275-290, pp. 278 y 279.

⁴⁴² TPIY, Sala de Primera Instancia, 10 de diciembre de 1998, *Prosecutor c. Anto Furundzija*, caso n. IT-95-17/1-T, párr. 155.

⁴⁴³ STEDH de 14 de marzo de 2017, *Ilias y Ahmed c. Hungría*, demanda n. 47287/15, párr. 83; STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica*, demanda n. 30696/09, párr. 223.

vulneración del art. 3 en el Estado de destino⁴⁴⁴. El TEDH ha dejado bien claro que, aunque es consciente de las dificultades a las que se enfrentan los EP para proteger a sus ciudadanos de la amenaza terrorista, los intereses nacionales de cualquier índole no pueden ser invocados para anular los DH del individuo cuando se corroboran motivos sustanciales para creer que, de ser expulsado, estaría sometido a tratos contrarios al art. 3 del CEDH⁴⁴⁵.

A este respecto, cabe recordar que la conducta del individuo sí que es relevante en la aplicación del principio de *non refoulement*, regulado en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (Capítulo I.3.5.). El principio de no devolución, con el contenido que ha sido desarrollado por la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 3 del CEDH, presenta un ámbito de aplicación más amplio que el del principio de *non refoulement* previsto en la Convención de 1951. En primer lugar, como se acaba de apuntar, la protección que brinda el art. 3 del CEDH protege a cualquier individuo que se encuentre bajo la jurisdicción de un EP, con independencia de si este sujeto ha llevado a cabo actos que puedan poner en jaque el orden y la seguridad del EP. Sin embargo, el art. 33.2 de la Convención de 1951 excluye la aplicación del principio de *non refoulement* al refugiado que es considerado un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o

⁴⁴⁴ Como ejemplo, en el asunto *Daoudi*, el demandante de origen argelino era sospechoso de terrorismo, además de haber cumplido condena en Francia por la comisión de graves delitos. Aún con estos antecedentes, el TEDH decide que, de llevarse a cabo su expulsión a Argelia por parte de Francia, este último Estado vulneraría el art. 3 del CEDH; STEDH de 3 de diciembre de 2009, *Daoudi c. Francia*, demanda n. 19576/08, pár. 72. En este sentido, entre otras, STEDH de 1 de febrero de 2018, *M.A. c. Francia*, demanda n. 9373/15, pár. 58; STEDH de 27 de marzo de 2012, *Mannai c. Italia*, demanda n. 9961/10; STEDH de 22 de septiembre de 2011, *H.R. c. Francia*, demanda n. 64780/09, pár. 64; STEDH de 5 de abril de 2011, *Toumi c. Italia*, demanda n. 25716/09; STEDH de 13 de abril de 2010, *Trabelsi c. Italia*, demanda n. 50163/08. Esta jurisprudencia del TEDH es seguida por el CAT, quien afirma que: “la naturaleza de las actividades a que se haya dedicado el interesado no es una consideración pertinente para adoptar una decisión de conformidad con el artículo 3 de la Convención”; CAT, comunicación n. 34/1995, *Aemei c. Suiza*, CAT/C/18/D/34/1995, 9 de mayo de 1997, pár. 9.8; CAT, comunicación n. 1416/2005, *Alzery c. Suecia*, CCPR/C/88/D/1416/2005, 25 de octubre de 2006, pár. 4.6. En este sentido también se ha manifestado el CDH, por ejemplo, en CDH, comunicaciones n. 1461/2006, 1462/2006, 1476/2006 y 1477/2006, *Zhakhongir Maksudov y otros c. Kirguistán*, CCPR/C/93/D/1461,1462,1476& 1477/2006, 16 de julio de 2008, pár. 12.4.

⁴⁴⁵ STEDH de 7 de noviembre de 2017, *K.I. c. Rusia*, demanda n. 58182/14, pár. 39; STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, demanda n. 22414/93, párs. 78 y 79. Por tanto, aunque los Estados están legitimados para poder expulsar extranjeros en la lucha contra el terrorismo y el TEDH no entra a valorar si la persona expulsada es o no una amenaza a la seguridad de la nación, sí que debe asegurar que dicha expulsión es conforme al CEDH; STEDH de 24 de abril de 2008, *Ismoilov y otros c. Rusia*, demanda n. 2947/06, pár. 126. A este respecto, con ocasión del caso *Ramzy c. Países Bajos*, un grupo de Estados –Eslovaquia, Lituania, Portugal y Reino Unido– presenta una observación común, en relación a la prohibición absoluta del art. 3 y la lucha contra el terrorismo. Este grupo de Estados considera que el análisis acerca del riesgo de malos tratos en el caso de expulsión, en los supuestos que atañen a una persona potencialmente sospechosa de ser una amenaza contra la seguridad nacional, debe exigir un mayor grado de certeza; Observations of the governments of the Governments of Lithuania, Portugal, Slovakia and The United Kingdom intervening in application no 25424/05 *Ramzy v. The Netherlands*, 21 November 2005, pár. 36.

que constituye una amenaza para la comunidad de tal país. En segundo lugar, el principio de no devolución de conformidad con el CEDH, a diferencia del principio de *non refoulement* previsto en la Convención de 1951, se aplica a toda expulsión de un extranjero, con independencia del motivo de la expulsión; esto es, tanto si se debe a la estancia administrativa irregular del extranjero, como a su extradición⁴⁴⁶.

En tercer lugar, los derechos y libertades que contiene el CEDH son reconocidos a toda persona que se encuentra bajo la jurisdicción de las Altas Partes Contratantes, según lo dispuesto en el art. 1 del CEDH⁴⁴⁷. El principio de no devolución, conforme el CEDH, ampara a todas las personas que se encuentran bajo la jurisdicción de un EP y tienen temores de ser sometidos a tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes en el Estado de destino en caso de expulsión. Por tanto, se aplica a toda persona con independencia de si el extranjero encaja o no en la definición de refugiado prevista en el Convenio de 1951⁴⁴⁸, o incluso al margen de si decide o no solicitar este estatuto⁴⁴⁹. Por su parte, según la Convención de Ginebra, el principio de *non refoulement* únicamente ampara a los refugiados y a los solicitantes del estatuto de refugiado durante el lapso de tiempo en el que su solicitud es tramitada⁴⁵⁰ (Capítulo I.3.5.).

En definitiva, el principio de *non refoulement*, aplicable a los refugiados –y solicitantes del estatuto de refugiado– en caso de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opiniones políticas, es completado en el ámbito

⁴⁴⁶ BORELLI, S., “Casting light on the legal black hole: International law and detentions abroad in the «war on terror»”, *International Review of the Red Cross*, vol. 87, n. 857, 2005, 39-68, p. 64.

⁴⁴⁷ En la jurisprudencia del TEDH véase STEDH de 23 de agosto de 2016, *J.K. y otros c. Suecia*, demanda n. 59166/12, párr. 98; STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda n. 27765/09, párrs. 70; STEDH de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, demanda n. 14038/88, párr. 86.

⁴⁴⁸ En este sentido también se manifiesta la CIDH al establecer que: “la obligación de no devolución establecida en esta disposición y en el artículo 22(8) de la Convención Americana es absoluta y no depende de la condición del reclamante como refugiado. Esto también requiere necesariamente que las personas que pueden enfrentar un riesgo de tortura no sean rechazadas en la frontera o expulsadas sin un adecuado examen individualizado de sus circunstancias, aunque no reúna los requisitos de refugiado”; CIDH, “Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos”, 22 octubre 2002, Doc. OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., párr. 394.

⁴⁴⁹ STEDH de 19 de septiembre de 2015, *R.H. c. Suecia*, demanda n. 4601/14, párr. 56; STEDH de 4 de noviembre de 2014, *Tarakhel c. Suiza*, demanda n. 29217/12, párr. 93; STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n. 30696/09, párr. 365; STEDH de 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia*, demanda n. 37201/06, párr. 152; STEDH de 11 de enero de 2007, *Salah Sheekh c. Países Bajos*, demanda n. 1948/04, párr. 135; STEDH de 11 de julio de 2000, *Jabari c. Turquía*, demanda n. 40035/98, párr. 38; STEDH de 29 de abril de 1997, *H.L.R. c. Francia*, demanda n. 24573/94, párr. 34.

⁴⁵⁰ ACNUR, “Manual y directrices sobre 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”, HCR/IP/4/ENG/REV. 3, diciembre de 2011, p. 43.

regional europeo por el principio de no devolución en cumplimiento del art. 3 del CEDH, cuyo ámbito de aplicación es mucho más amplio⁴⁵¹. Así lo ha reconocido el TEDH:

“The protection afforded by Article 3 (art. 3) is thus wider than that provided by Articles 32 and 33 of the United Nations 1951 Convention on the Status of Refugees [...]”⁴⁵².

Por consiguiente, un refugiado podría ser expulsado de conformidad con la Convención de Ginebra de 1951, pero dicha expulsión podría estar prohibida por el art. 3 del CEDH⁴⁵³. Por ejemplo, en *Bader y otros c. Suecia*, el primero de los demandantes solicita refugio a Suecia y con este fin alega que en el Estado de destino, la República Árabe Siria, le va a ser ejecutada la pena de muerte a la que fue condenado por el Tribunal Regional Sirio por ser considerado cómplice en un asesinato. Ante la denegación de la solicitud de refugio por parte de las autoridades suecas, el demandante acude ante el TEDH con el argumento de que su expulsión vulnera el art. 3 del CEDH. El TEDH considera que el juicio llevado a cabo en la República Árabe Siria no es justo (Capítulo I.2.2.). Además, la angustia y el temor que siente el demandante por su posible expulsión a la República Árabe Siria, a sabiendas de su condena, alcanza el umbral mínimo de sufrimiento exigido por el art. 3 del CEDH, tal y como sucedió en *Soering*. En

Universitat d'Alacant

⁴⁵¹ En la doctrina, SÁNCHEZ LEGIDO, A., “Garantías Diplomáticas, No Devolución y Prohibición de la Tortura”, *REDI*, vol. 60, n. 1, 2008, 11-38, p. 22; LAUTERPACHT, E. y BETHLEHEM, D., “El alcance y contenido del principio de no devolución: opinión”, en FELLER E., TÜRK, V. y NICHOLSON, F. (Eds.), *Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas globales de ACNUR sobre Protección Internacional*, Icaria Editorial, Barcelona, 2010, 97- 201, p. 176; MOLE, N. y MEREDITH, C., *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2010, p. 34.

⁴⁵² STEDH de 14 de abril de 2015, *Tatar c. Suiza*, demanda n. 65692/12, párr. 40; STEDH de 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia*, demanda n. 37201/06, párr. 138; STEDH de 17 de diciembre de 1996, *Ahmed c. Austria*, demanda n. 25964/94, párr. 41; STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, demanda n. 22414/93, párr. 80.

⁴⁵³ BOLLO AROCENA, M.D., *Expulsión de Extranjeros, Derecho Internacional y Derecho Europeo*, Aranzadi, Navarra, 2016, p. 104. Como mantiene algún autor en este sentido, “las excepcionales a la regla del non-refoulement establecidas en la Convención de Ginebra de 1951 ya no son aplicables en casos en que se vulnerarían principios o normas consuetudinarias imperativas e inderogables, como la que prohíbe el riesgo de ser sometido a tortura”; MORGANES GIL, S., “La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *RDCE*, n. 37, 2010, 801-842, p. 809. En este sentido, ABRISKETA URIARTE señala que: “el CEDH no protege ni expresa ni exclusivamente a los refugiados de la Convención de Ginebra, sino a aquellos que podrían «refugiarse» en su art. 3”; ABRISKETA URIARTE, J., “La Dimensión Externa del Derecho de la Unión Europea en Materia de Refugio y Asilo: un Examen desde la Perspectiva del *Non-Refoulement*”, *RDCE*, n. 56, 2017, 119-158, p. 139; SALINAS DE FRÍAS, A., “Detención, garantías esenciales y Estado de derecho en la jurisprudencia del TEDH”, *UNED. Revista de Derecho Político*, n. 79, 2010, 285-333, p. 306.

consecuencia, se considera que la expulsión del demandante, de ejecutarse, vulnera lo establecido en los arts. 2 y 3 del CEDH⁴⁵⁴.

3. LA VALORACIÓN DEL RIESGO PREVISIBLE EN CASO DE EXPULSIÓN

3.1. La carga de la prueba indiciaria

Para que un EP pueda saber si la expulsión de un extranjero a su Estado de origen o un tercer Estado puede acarrear al sujeto tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes, el Estado debe comprobar si existen motivos sustanciales que evidencien el riesgo real de sufrir tratos contrarios al art. 3.

Por su parte, el CAT considera que los Estados contratantes deben valorar si el riesgo de tortura es “personal, previsible y real”, amén de si los motivos alegados van más allá de la sospecha a la hora de llevar a cabo esta evaluación,⁴⁵⁵. El CAT afirma que la carga de la prueba recae generalmente en el autor de la comunicación, quien debe presentar pruebas de que corre un riesgo "previsible, real y personal" en caso de expulsión⁴⁵⁶. En los supuestos en que el autor de la queja no puede conseguir la documentación que avala su denuncia, la carga de la prueba se invierte. Por tanto, es el Estado quien debe investigar la denuncia y comprobar la información en la que se fundamenta la misma⁴⁵⁷. Asimismo, la práctica del CAT evidencia que es usual que existan determinadas incoherencias en la declaración de la parte actora en los casos de tortura, las cuales se podrían justificar a menos que tales incoherencias arrojen dudas generalizadas sobre la veracidad de las alegaciones formuladas por el solicitante⁴⁵⁸.

⁴⁵⁴ STEDH de 8 de noviembre de 2005, *Bader y otros c Suecia*, demanda n. 13284/04, párs. 45 y ss.

⁴⁵⁵ La observación general n. 1 del CAT, relativa a la aplicación del art. 3 enumera una serie de circunstancias, no exhaustivas, que los EP deben tomar en consideración a la hora de analizar si existen indicios de tortura en caso de expulsión; CAT, Observación general n. 1 (2017), relativa a la aplicación del art. 3 de la Convención en el contexto del art. 22. Proyecto preparado por el Comité en primera lectura el 6 de diciembre de 2016, CAT/C/60/R.2, 3 de febrero de 2017, pá. 48. Sobre la necesidad de que el riesgo de tortura sea “personal, previsible y real” véase en la práctica del CAT, comunicación n. 658/2015, *Meron Fekade c. Suiza*, CAT/C/59/D/658/2015, 15 de noviembre de 2016, pá. 7.4; CAT, comunicación n. 356/2008, *N.S. c. Suiza*, CAT/C/44/D/356/2008, 6 de mayo de 2010; CAT, comunicación n. 258/2004, *Dadar c. el Canadá*, CAT/C/35/D/258/2004, 23 de noviembre de 2005, pá. 8.4; CAT, comunicación n. 226/2003, *T.A. c. Suecia*, CAT/C/34/D/226/2003, 6 de mayo de 2005.

⁴⁵⁶ CAT, comunicación n. 458/2011, *X. c. Dinamarca*, CAT/C/53/D/458/2011, 28 de noviembre de 2014, pá. 9.3; CAT, comunicación n. 520/2012, *W.G.D. c. el Canadá*, CAT/C/53/D/520/2012, 26 de noviembre de 2014, pá. 8.4; CAT, Comunicación n. 429/2010, *Sivagnanaratnam c. Dinamarca*, CAT/C/51/D/429/2010, 11 de noviembre de 2013, párs. 10.5 y 10.6.

⁴⁵⁷ CAT, Observación general n. 1 (2017), relativa a la aplicación del art. 3 de la Convención en el contexto del art. 22. Proyecto preparado por el Comité en primera lectura el 6 de diciembre de 2016, CAT/C/60/R.2, 3 de febrero de 2017, pá. 40.

⁴⁵⁸ CAT, comunicación n. 279/2005, *C.T. c. K.M. c. Suecia*, CAT/C/37/D/279/2005, 17 de noviembre de 2006, pá. 7.6.

Las demandas por expulsiones contrarias al art. 3 del CEDH son evaluadas a la luz de las pruebas que le son presentadas al TEDH o que él mismo, de oficio, obtiene⁴⁵⁹. En los procedimientos ante el TEDH, al igual que sucede con las quejas presentadas ante el CAT, la carga de la prueba se basa en el término jurídico acuñado por el jurisconsulto romano del S. III, Paulo: *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*. Por tanto, le corresponde al demandante justificar, mediante elementos de prueba, que existen fundados temores para determinar que en el caso de ser expulsado un extranjero, se vería expuesto a un riesgo real de ser sometido a un trato contrario al art. 3⁴⁶⁰. El Estado expulsor, en el marco de los procedimientos internos, es el encargado de disipar las dudas aducidas por el demandante⁴⁶¹.

En ocasiones, dada la situación en la que suele encontrarse una persona que ha huido de una situación de riesgo como es la tortura, y las penas o tratos inhumanos o degradantes, como se ha apuntado en el Capítulo I.2.2.2., el TEDH concede el beneficio de la duda cuando se trata de evaluar la credibilidad de sus declaraciones, así como la

⁴⁵⁹ En *TKH c. Suecia*, el demandante no pudo demostrar que los miembros de su familia en Iraq hubieran sido objeto de ataques u otras formas de malos tratos desde 2007; STEDH de 19 de diciembre de 2013, *T.K.H. c. Suecia*, demanda n. 1231/11. En este sentido, STEDH de 19 de diciembre de 2013, *T.A. c. Suecia*, demanda n. 48866/10; STEDH de 5 de septiembre de 2013, *K.A.B. c. Suecia*, demanda n. 886/11; STEDH de 28 de junio de 2011, *Sufi y Elmi c. Reino Unido*, demanda nos. 8319/07 y 11449/07. En el asunto *Cruz Varas c. Suecia*, el TEDH determina que el demandante no aporta suficientes pruebas para determinar que su expulsión a Chile violaría el art. 3 del CEDH. En particular, fue relevante para el TEDH que el demandante no ponga de manifiesto, hasta pasados dieciocho meses de su primer interrogatorio, las torturas a las que le habían sometido las autoridades chilenas; STEDH de 20 de marzo de 1991, *Cruz Varas y otros c. Suecia*, demanda n. 15576/89, párr. 76 y ss.

⁴⁶⁰ STEDH de 10 de julio 2018, *X. c. Países Bajos*, demanda n. 14319/17, párr. 74; STEDH de 23 de marzo de 2016, *F.G. c. Suecia*, demanda n. 43611/11, párr. 120; STEDH de 2 de junio de 2015, *Ouabour c. Bélgica*, demanda n. 26417/10, párr. 65; STEDH de 17 de enero de 2012, *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, demanda n. 8139/09, párr. 212; STEDH de 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia*, demanda n. 37201/06, párr. 129. A este respecto, un determinado grado de especulación es inherente al objetivo preventivo del art. 3 y que no se trata de exigir a los interesados que aporten una prueba clara de su afirmación de que estarían expuestos a un trato proscrito, véase STEDH de 10 de julio 2018, *X. c. Países Bajos*, demanda n. 14319/17, párr. 74; STEDH de 9 de enero de 2018, *X. c. Suecia*, demanda n. 36417/16, párr. 50; STEDH de 4 de septiembre de 2014, *Trabelsi c. Bélgica*, demanda n. 140/10, párr. 130.

⁴⁶¹ En *R.C. c. Suecia*, el TEDH, aun aceptando que las autoridades nacionales, por lo general, se encuentran en una mejor posición para evaluar los hechos y la credibilidad de los relatos de los solicitantes, no comparte la opinión de las autoridades suecas respecto a la veracidad de los malos tratos argumentados por el demandante. El Tribunal se refiere a un informe que concluye que las lesiones del demandante son compatibles con la presunta exposición a la tortura. Esto corrobora la historia argumentada por el demandante acerca de las actividades políticas en Irán y la información sobre malos tratos a los manifestantes en Irán. Puesto que la versión del demandante y los informes médicos son congruentes con el contexto general en este Estado, el tribunal de Estrasburgo considera que ha cumplido con la carga de probar que ya había sido torturado, de modo que la responsabilidad de disipar la duda sobre este riesgo recae en Suecia; STEDH de 19 de septiembre de 2015, *R.H. c. Suecia*, demanda n. 4601/14, párr. 58; STEDH de 9 de marzo de 2010, *R.C. c. Suecia*, demanda n. 41827/07. En este sentido, entre otras, véase, STEDH de 5 de junio de 2018, *Batykhairov c. Turquía*, demanda n. 69929/12, párr. 47; STEDH de 28 de junio de 2011, *Sufi y Elmi c. Reino Unido*, demanda nos. 8319/07 y 11449/07, párr. 214; STEDH de 4 de noviembre de 2014, *Tarakhel c. Suiza*, demanda n. 29217/12, párr. 104.

ausencia de documentos que acrediten dicho riesgo⁴⁶². Empero, cuando se confirma documentalmente una información que ponga en tela de juicio la veracidad de la demanda, el demandante debe proporcionar una explicación fundada que resuelva las discrepancias entre el fundamento de su solicitud y la información que la desvirtúa⁴⁶³. Por tanto, el criterio de valoración del riesgo seguido por el TEDH es coherente el llevado a cabo por el CAT, según se ha expuesto al comienzo del presente epígrafe.

La evaluación del riesgo debe centrarse en las consecuencias previsibles que la expulsión del demandante al Estado de destino conlleva, habida cuenta de la situación general de este Estado, especialmente la situación imperante en relación a los DDHH, además de las circunstancias personales del solicitante⁴⁶⁴. El TJUE sigue estos criterios a la hora de evaluar las solicitudes de protección internacional, tal y como se ha analizado en el Capítulo I.2.2.2.⁴⁶⁵.

El EP encargado de evaluar el riesgo debe poner en marcha los medios que se encuentren a su disposición para obtener pruebas que apoyen los argumentos que se plantean en la demanda. A un Estado, por lo general, le resulta más fácil que a un particular acceder a determinados tipos de documentos. Por lo que esta cooperación trata de subsanar todas las dificultades que un extranjero puede encontrar en el Estado de

⁴⁶² En el caso de las solicitudes de refugio puede resultar difícil, si no imposible, que el interesado presente pruebas que documenten sus temores de persecución en un plazo breve. Especialmente si dichas pruebas deben obtenerse del país del que el solicitante dice haber huido. En consecuencia, la falta de pruebas documentales directas no puede ser decisiva, *per se*, para valorar que no existe riesgo de trato contrario al art. 3 en caso de expulsión; STEDH de 7 de julio de 2016, *R.V. c. Francia*, demanda n. 78514/14, pár. 49; STEDH de 23 de agosto de 2016, *J.K. y otros c. Suecia*, demanda n. 59166/12, pár. 49; STEDH de 5 de julio de 2005, *Said c. Países Bajos*, demanda n. 2345/02, pár. 49; STEDH de 19 de febrero de 1998, *Bahaddar c. Países Bajos*, demandas nos. 145/1996/764/965, pár. 45. En la doctrina, MOLE, N. y MEREDITH, C., *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 2010, p. 61.

⁴⁶³ STEDH de 27 de junio de 2013, *D.N.M. c. Suecia*, demanda n. 28379/11, pár. 45; STEDH de 27 de marzo de 2008 (decisión de admisibilidad), *Hakizimana c. Suecia*, demanda n. 37913/05; STEDH de 8 de marzo de 2007 (decisión de admisibilidad), *Collins y Akaziebie c. Suecia*, demanda n. 23944/05. Aun cuando la explicación de algunos detalles por parte del demandante pueda parecer algo inverosímil, el TEDH ha considerado que tales incoherencias no desvirtúan necesariamente la credibilidad general de la pretensión demandada; STEDH de 26 de julio de 2005, *N. c. Finlandia*, demanda n. 38885/2, párs. 154 y 155; STEDH de 5 de julio de 2005, *Said c. Países Bajos*, demanda n. 2345/02, pár. 53.

⁴⁶⁴ STEDH de 9 de enero de 2018, *X. c. Suecia*, demanda n. 36417/16, pár. 49; STEDH de 23 de marzo de 2016, *F.G. c. Suecia*, demanda n. 43611/11, pár. 114; STEDH de 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia*, demanda n. 37201/06, pár. 130; STEDH de 30 de octubre de 1991; STEDH de 30 de octubre de 1991, *Vilvarajah y otros c. Reino Unido*, demandas n. 13163/87, n. 13164/87, n. 131165/87, n. 13447/87 y n. 13448/87, pár. 108.

⁴⁶⁵ Véase como ejemplo de esta tendencia, ya apuntados en el Capítulo I del presente trabajo, STJUE de 22 de noviembre de 2012, *M.*, asunto C-277/11, apdos. 63 a 73; STJUE de 7 de noviembre de 2013, *X. y otros*, asunto C-199/12 a C-201/12, apdos. 72 y 73.

destino a la hora de reunir pruebas que documenten sus temores⁴⁶⁶. En especial, en los casos en los que el extranjero solicita protección internacional, las autoridades nacionales tienen pleno acceso a la información acerca de la situación general en el Estado de origen, incluida la capacidad de las autoridades públicas de este país para ofrecer protección⁴⁶⁷. No obstante, los demandantes son los únicos que pueden aportar pruebas documentales que acrediten sus circunstancias personales. Por tanto, los demandantes deben presentar, lo antes posible, todas las pruebas que acrediten sus circunstancias personales y que sirvan para fundamentar su solicitud⁴⁶⁸.

3.2. Los factores de evaluación del riesgo de tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes en caso de expulsión

3.2.1. La valoración del elemento objetivo

El art. 3.2 de la CCT establece que, a la hora de determinar el riesgo de tortura, las autoridades competentes tendrán en cuenta, 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”⁴⁶⁹. En este contexto, se aprecia una productiva interacción entre el CAT y el TEDH con carácter general. Ambos confirman que la existencia de un cuadro persistente de violaciones masivas de los DDHH no es motivo, *per se*, para determinar que una persona estaría en riesgo si se le expulsa⁴⁷⁰. Para analizar si existen razones

⁴⁶⁶ STEDH de 23 de agosto de 2016, *J.K. y otros c. Suecia*, demanda n. 59166/12, párr. 97; STEDH de 5 de julio de 2005, *Said c. Países Bajos*, demanda n. 2345/02, párr. 49; STEDH de 19 de febrero de 1998, *Bahaddar c. Países Bajos*, demandas nos. 145/1996/764/965, párr. 45.

⁴⁶⁷ STEDH de 23 de agosto de 2016, *J.K. y otros c. Suecia*, demanda n. 59166/12, párr. 98; STEDH de 14 de abril de 2015, *Tatar c. Suiza*, demanda n. 65692/12, párr. 60; STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda n. 27765/09, párrs. 116; STEDH de 6 de marzo de 2001, *Hilal c. Reino Unido*, demanda n. 45276/99, párr. 60; STEDH de 19 de abril de 1997, *H.L.R., c. Francia*, demanda n. 24573/94, párr. 37. Véase la nota de ACNUR sobre la carga y el mérito de la prueba en las solicitudes de asilo de 16 de diciembre de 1998, párr. 6. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1906.pdf>

⁴⁶⁸ STEDH de 23 de agosto de 2016, *J.K. y otros c. Suecia*, demanda n. 59166/12, párr. 96. Sobre el estándar probatorio exigido por el TEDH a los solicitantes de asilo véase, VERMEULEN, B., “Prohibition of Torture and Other Inhuman or Degrading Treatment or Punishment”, en VV.AA., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 5th Edition, Intersentia, Antwerpen, Oxford, 2018, 381-424, es especial p. 410.

⁴⁶⁹ En la jurisprudencia del CAT; comunicación n. 490/2012, *E.K.W. c. Finlandia*, CAT/C/54/D/490/2012, 4 de mayo de 2015, párrs. 9.3 y 9.7; CAT, comunicación n. 344/2008, *A.M.A. c. Suiza*, CAT/C/45/D/344/2008, 12 de noviembre de 2010, párr. 7.2; CAT, comunicación n. 333/2007, *T.I. c. el Canadá*, CAT/C/45/D/333/2007, 15 de noviembre de 2010; CAT, comunicación n. 282/2005, *S.P.A. c. el Canadá*, CAT/C/37/D/282/2005, 7 de noviembre de 2006.

⁴⁷⁰ En la jurisprudencia del tribunal de Estrasburgo, STEDH de 27 de junio de 2013, *D.N.M. c. Suecia*, demanda n. 28379/11, párr. 47; STEDH de 19 de abril de 1997, *H.L.R., c. Francia*, demanda n. 24573/94, párr. 41. No obstante, en el art. 3.2 de la CCT, se recoge que un cuadro de violaciones masivas de DDHH debe tenerse en consideración a la hora de evaluar el riesgo; véase, por ejemplo, CAT, comunicación n.

fundadas para creer que un extranjero se enfrenta a un riesgo real de tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes en el Estado de destino en caso de expulsión, el EP debe evaluar las condiciones imperantes en el país receptor en relación con los estándares del art. 3 del CEDH⁴⁷¹.

En este contexto, a menudo, se concede importancia a la información contenida en informes recientes de ONGs como, por ejemplo, Amnistía Internacional⁴⁷². En *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, veinticuatro extranjeros son interceptados en alta mar por las autoridades italianas y expulsados a Libia, su punto de partida, como se desarrollará más detalladamente en el Capítulo IV. El Tribunal, para tener una percepción real sobre la situación en Libia y la suerte que corren los somalíes y eritreos en este Estado, se basa en las informaciones que aportan los organismos internacionales, como ACNUR, y ONGs como Amnistía Internacional y Human Rights Watch, en su papel de terceros intervinientes en el caso⁴⁷³. Por tanto, el TEDH tiene en cuenta los informes de organismos internacionales y ONGs que se encargan de evaluar la situación de los DDHH en el Estado de destino y que, además, abordan las causas que provocan el riesgo de trato contrario al art. 3 hacía los extranjeros que son expulsados a este Estado. Si bien, el peso atribuible a las evaluaciones independientes, “depend on the extent to which those assessments are couched in terms similar to Article 3”⁴⁷⁴. En relación al ACNUR, se da importancia a la labor llevada a cabo por este organismo de NU, pero cuando las inquietudes del ACNUR se centran en consideraciones de tipo socioeconómico y/o humanitario, el TEDH no les concede un peso tan relevante, dado que tales fundamentos

666/2015, *L.P. c. Australia*, CAT/C/59/D/666/2015, 1 de diciembre de 2016, párr. 8.3; CAT, comunicación n. 550/2013, *S.K. y otros c. Suecia*, CAT/C/54/D/550/2013, 8 de mayo de 2015, párr. 7.3; CAT, comunicación n. 424/2010, *M.Z.A. c. Suecia*, CAT/C/48/D/424/2010, 22 de mayo de 2012, párr. 4.8; CAT, comunicación n. 333/2007, *T.I. c. Canadá*, CAT/C/45/D/333/2007, 15 de noviembre de 2010, párr. 7.3; CAT, comunicación n. 281/2005, *Pelit c. Azerbaiyán*, CAT/C/38/D/281/2005, 1 de mayo de 2007, párr. 7.10; CAT, comunicación n. 233/2003, *Agiza c. Suecia*, CAT/C/34/D/233/2003, 20 de mayo de 2005, párr. 13.3; CAT, comunicación n. 199/2002, *Attia c. Suecia*, CAT/C/31/D/199/2002, 17 de noviembre de 2003, párr. 12.2.

⁴⁷¹ STEDH de 4 de febrero de 2005, *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, demandas n. 46827/99 y 46951/99, párrs. 95 y 96 y STEDH de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, demanda n. 14038/88, párrs. 95 a 96.

⁴⁷² STEDH de 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia*, demanda n. 37201/06, párr. 131; STEDH de 20 de febrero de 2007 (decisión de admisibilidad), *Ali Hassan Al-Moayad c. Alemania*, demanda n. 35865/03, párr. 65 y 66; STEDH de 5 de julio de 2005, *Said c. Países Bajos*, demanda n. 2345/02, párr. 54; STEDH de 26 de abril de 2005, *Müslim c. Turquía*, demanda n. 53566/99, párr. 67; STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, demanda n. 22414/93, párr. 99 y 100.

⁴⁷³ STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda n. 27765/09, párrs. 125 y 126. En este sentido, STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, demanda n. 22414/93, párrs. 78 y 79.

⁴⁷⁴ STEDH de 20 de junio de 2013, *Sidikovy c. Rusia*, demanda n. 73455/11, párr. 138.

no tienen necesariamente relación con el riesgo real de peligro en caso de expulsión conforme al art. 3 del CEDH⁴⁷⁵.

El TEDH no se opone a que sea el propio EP expulsor quien presente informes de situación de los DDHH en el Estado de destino, si bien dicha información se con otras fuentes imparciales e independientes, de manera que, si de dicha comparativa se evidencian contradicciones, el informe estatal es puesto en entredicho por el Tribunal⁴⁷⁶.

Pese a que no se excluye la posibilidad de que un cuadro sistemático de violencia generalizada en el Estado de destino pueda alcanzar un nivel de intensidad suficiente que implique que la expulsión constituiría una infracción del principio de no devolución, se reserva este enfoque para los supuestos de violencia generalizada más extremos; esto es, supuestos en los que se aprecie el riesgo real de tratos contrarios al art. 3 por el simple hecho de que el extranjero ponga un pie en ese Estado⁴⁷⁷. Así, en *D.N.M. c. Suecia* se examina la situación generalizada de violencia en Iraq a partir de la demanda interpuesta por un nacional iraquí que va a ser expulsado por las autoridades suecas. Si bien los informes internacionales sobre Iraq ponen de manifiesto una situación difícil –ataques indiscriminados y mortales por parte de grupos violentos, entre otras circunstancias–, el TEDH observa que la situación general está mejorando paulatinamente. En *D.N.M. c. Suecia* se hace referencia a un caso anterior, *F.H. c. Suecia*, cuyo demandante también es iraquí. En este segundo supuesto, a la luz de la información recopilada, se llega a la conclusión de que la situación general de Iraq no es tan grave como para que la mera presencia del demandante en este Estado suponga una vulneración de los arts. 2 y 3 del CEDH, con independencia de sus circunstancias personales. El TEDH, de acuerdo con su jurisprudencia y teniendo en cuenta los informes internacionales y nacionales disponibles,

⁴⁷⁵ STEDH de 23 de mayo de 2013, *K. c. Rusia*, demanda n. 69235/11, pár. 61; STEDH de 19 de febrero de 2013, *Yefimova c. Rusia*, demanda n. 39786/09, pár. 196; STEDH de 18 de septiembre de 2012, *Umirov c. Rusia*, demanda n. 17455/11, pár. 100; STEDH de 5 de junio de 2012, *Kozhayev c. Rusia*, demanda n. 60045/10, pár. 80; STEDH de 5 de junio de 2012, *Shakurov c. Rusia*, demanda n. 55822/10, pár. 128; STEDH de 7 de febrero de 2012, *Al Hamdani c. Bosnia y Herzegovina*, demanda n. 31098/10, pár. 51; STEDH de 17 de julio de 2008, *N.A. c. Reino Unido*, demanda n. 25904/07, pár. 122; STEDH de 11 de enero de 2007, *Salah Sheekh c. Países Bajos*, demanda n. 1948/04, pár. 141. STEDH de 11 de julio del 2000, *Jabari c. Turquía*, demanda n. 40035/98, pár. 41.

⁴⁷⁶ STEDH de 17 de julio de 2008, *N.A. c. Reino Unido*, demanda n. 25904/07, pár. 135. A este respecto véase en la doctrina, FALLADA GARCÍA-VALLE, J.R., “Algunos límites a los derechos de los inmigrantes: detención y expulsión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 20, 2010, 43-66.

⁴⁷⁷ STEDH de 23 de agosto de 2016, *J.K. y otros c. Suecia*, demanda n. 59166/12, pár. 117; STEDH de 12 de enero de 2016, *M.R.A. y otros c. Países Bajos*, demanda n. 46856/07, pár. 106; STEDH de 12 de enero de 2016, *S.D.M. y otros c. Países Bajos*, demanda n. 8161/07, pár. 74; STEDH de 12 de enero de 2016, *S.S. c. Países Bajos*, demanda n. 39575/06, pár. 62; STEDH de 17 de julio de 2008, *N.A. c. Reino Unido*, demanda n. 25904/07, pár. 115.

no encuentra ningún motivo que lleve a la conclusión de que la situación en Iraq haya empeorado desde que se dictó la Sentencia en *F.H. c. Suecia*, por lo que en *D.N.M. c. Suecia* tampoco considera el Tribunal que se ha producido una vulneración del art. 3⁴⁷⁸.

Por tanto, la expulsión de un extranjero a un Estado en el que existe un cuadro generalizado de violencia no conlleva necesariamente una vulneración del art. 3 del CEDH por parte del Estado expulsor. En la mayoría de casos planteados, aun constatando la existencia de un panorama de violencia genérica en el Estado de destino, el demandante debe demostrar que el riesgo de su expulsión a este Estado proviene de algo más que de circunstancias generalizadas⁴⁷⁹.

La regla general establecida por el TEDH, es seguida por el TJUE en los casos de protección del extranjero mediante el estatuto de protección subsidiaria, como ya se ha analizado (Capítulo I.4.1.). Concretamente, el TJUE afirma que la protección subsidiaria:

“cubre los daños dirigidos contra civiles sin consideración de su identidad, cuando el grado de violencia indiscriminada que caracteriza el conflicto armado existente [...] llega a tal extremo que existen motivos fundados para creer que un civil expulsado al país de que se trate o, en su caso, a la región de que se trate, se enfrentaría, por el mero hecho de su presencia en el territorio de éstos, a un riesgo real de sufrir las amenazas graves a las que se refiere el artículo 15, letra c), de la Directiva”⁴⁸⁰.

Como ya se ha estudiado, aunque la protección subsidiaria se corresponde con la protección brindada por el art. 3 del CEDH, esta forma de protección internacional no abarca todos los supuestos que contempla el art. 3 del CEDH. No obstante, tanto el TEDH como el TJUE coinciden en que una situación generalizada de violencia en el Estado de destino, *per se*, no es motivo suficiente para amparar al extranjero, tanto en aplicación del art. 3 del CEDH, como en el ámbito de la protección subsidiaria en la UE. En este sentido, mientras que el TEDH exige que el grado de violencia generalizada en el Estado de

⁴⁷⁸ STEDH de 27 de junio de 2013, *D.N.M. c. Suecia*, demanda n. 28379/11, pár. 44.

⁴⁷⁹ STEDH de 23 de agosto de 2016, *J.K. y otros c. Suecia*, demanda n. 59166/12, pár. 112 y ss.; STEDH de 4 de febrero de 2005, *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, demanda n. 46827/99 y 46951/99, pár. 73; STEDH de 26 de abril de 2005, *Müslim c. Turquía*, demanda n. 53566/99, pár. 68. En este último caso, la demandante alega un riesgo de persecución en Iraq debido a su pertenencia a la minoría turcomana. No obstante, pruebas aportadas al Tribunal sobre los antecedentes de la demandante y el contexto general en Iraq no evidencian que su situación personal pueda ser peor que la de otros miembros de la minoría turcomana, o incluso la de los otros habitantes del norte de Iraq, una región que, además, parece menos afectada por la violencia que otras partes del país. Por tanto, el TEDH no concluye que su expulsión conlleve un riesgo de vulneración por parte de Turquía del art. 3. Véase un ejemplo similar en, STEDH de 30 de octubre de 1991, *Vilvarajah y otros c. Reino Unido*, demandas n. 13163/87, n. 13164/87, n. 131165/87, n. 13447/87 y n. 13448/87, párs. 37 y 111.

⁴⁸⁰ STJCE de 17 de febrero de 2009, *Elgafaji*, asunto C-465/07, apdo. 35.

destino sea muy extremo, el TJUE requiere para conceder la protección subsidiaria que el contexto de violencia indiscriminada sea a causa de las acciones llevadas a cabo por el Estado y no como consecuencia de insuficiencias generales, como se analizó en el Capítulo I.4.1. Como ya se expuso en ese epígrafe, el riesgo de deterioro del estado de salud de un extranjero aquejado de una grave enfermedad, derivado de la inexistencia de tratamientos adecuados en su Estado de origen, sin que exista una denegación deliberada de asistencia a ese extranjero por parte del Estado, no es suficiente para concederle la protección subsidiaria.

3.2.2. La valoración del elemento subjetivo

En relación a las circunstancias personales del extranjero objeto de expulsión, el hecho de que un extranjero haya sido objeto de malos tratos en el pasado en el Estado de destino es un riesgo real, claro y futuro de un trato contrario al art. 3 del CEDH en caso de expulsión⁴⁸¹. Ahora bien, los factores de riesgo deben ser evaluados en el momento en el que el TEDH analiza el caso, por lo que los factores que han generado tratos contrarios al art. 3 en el pasado pueden no estar activos en el momento de la valoración por parte de dicho órgano judicial.

En *D.N.W. c. Suecia* el demandante ya había sido sometido a tratos contrarios al art. 3 del CEDH en su Estado de origen, Etiopía. No obstante, se aprecia que el demandante, al margen de haber participado como observador durante las elecciones de 2005, no parece estar políticamente activo en Etiopía. Además, los hechos sobre los que basa su demanda son de 2005 y 2006, y el demandante abandonó Etiopía en 2007. Se concluye pues, que es improbable que las autoridades etíopes sigan teniendo interés en vulnerar los DH del demandante si regresa al país africano, por lo que su expulsión no contraviene el art. 3⁴⁸².

Algunos elementos subjetivos, referidos a la especial situación del extranjero objeto de expulsión, no pueden considerarse motivo suficiente de riesgo cuando son analizados de forma aislada. Sin embargo, estos mismos factores pueden constituir un riesgo real de vulneración del art. 3 en caso de expulsión cuando se valoran acumulativamente y en el contexto de una situación de violencia generalizada en el Estado de destino. En este sentido, algunos de los elementos que han sido considerados como indicadores de riesgo

⁴⁸¹ STEDH de 7 de junio de 2011, *R.U. c. Grecia*, demanda n. 2237/08, pág. 82.

⁴⁸² STEDH de 6 de diciembre de 2012, *D.N.W. c. Suecia*, demanda n. 29946/10, págs. 43 y 44.

son, a título no exhaustivo: los antecedentes penales y/o las órdenes de detención previas; la edad; el sexo; el origen; los antecedentes del presunto o efectivo miembro de un grupo perseguido; y la solicitud previa de asilo presentada en el extranjero⁴⁸³.

A la hora de valorar estas circunstancias, no solo se entra a evaluar las actividades llevadas a cabo por el demandante en el Estado de origen. Las actividades llevadas a cabo por el extranjero en el territorio de un EP también son analizadas por el Tribunal, ante la posibilidad de que estas constituyan un factor de riesgo de persecución en el Estado de origen. En *H.N. c. Suecia*, el demandante había criticado al régimen de Burundi desde su llegada a Suecia. En el contexto en el que se desarrollan los hechos de la demanda, las autoridades burundesas habían realizado controles sobre las críticas que sus nacionales en el exterior se dedicaban a difundir respecto al régimen. Esta situación, había creado un riesgo real de que el demandante, en el caso de ser expulsado a Burundi, pudiera ser sometido a tratos contrarios al art. 3 del CEDH. Finalmente el TEDH mantiene que las actividades reivindicativas que había llevado a cabo el demandante en Suecia habían sido de naturaleza bastante limitada, por lo que no afirma una vulneración del art. 3 del CEDH⁴⁸⁴.

En los casos en los que el extranjero presenta un informe coherente y creíble con información proveniente de fuentes fidedignas y objetivas que acreditan la existencia de malos tratos en el pasado, esta información debe tenerse debidamente en cuenta con miras a la evaluación del riesgo de futuros tratos contrarios al art. 3 del CEDH. El Estado expulsor es el encargado nuevamente de disipar las dudas sobre este riesgo⁴⁸⁵. En *R.J. c. Francia*, el demandante ya había sido torturado con anterioridad a la presentación de la demanda ante TEDH. Por lo que este órgano judicial considera que el Estado expulsor es el responsable de disipar cualquier duda acerca de la existencia de un riesgo de que el demandante vuelva a ser sometido a tratos contrarios al art. 3 del CEDH si es expulsado. El Gobierno sueco no pudo disipar las sospechas sobre el origen de las lesiones que

⁴⁸³ STEDH de 20 de junio de 2017, *M.O. c. Suiza*, demanda n. 41282/16, pár. 72; STEDH de 17 de julio de 2008, *N.A. c. Reino Unido*, demanda n. 25904/07, párs. 143, 144 y 146.

⁴⁸⁴ STEDH de 15 de mayo de 2012, *H.N. c. Suecia*, demanda n. 30720/09, párs. 40 a 42. En la doctrina véase, DÍAZ CREGO, M., “Derecho de extranjería y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2011-2012)”, en AJA, E., ARANGO, J. y OLIVER, J. (Dirs.), *Inmigración y crisis: entre la continuidad y el cambio. Anuario de la Inmigración en España 2012 (edición 2013)*, CIDOB. Centro de Información y Documentación de Barcelona, 2013, 256-299, p. 262.

⁴⁸⁵ En el caso *D.N.W. c. Suecia* el TEDH concluye que el demandante no demuestra de manera plausible que su regreso a Etiopía traiga consigo un riesgo real de ser asesinado o sometido a malos tratos; STEDH de 6 de diciembre de 2012, *D.N.W. c. Suecia*, demanda n. 29946/10, párs. 42 a 45.

presenta el demandante. En consecuencia, existe un riesgo de trato contrario al art. 3 del CEDH en caso de expulsión a Sri Lanka⁴⁸⁶.

La distinción entre los elementos objetivos, relacionados con el contexto general de DDHH en el Estado de destino, y los elementos subjetivos, relativos a las circunstancias personales del demandante, no puede aplicarse siempre con rigor. El supuesto más frecuente se da cuando un sujeto alega ser parte de un grupo sistemáticamente expuesto a una práctica de tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes, lo que es considerado un factor de riesgo primario. En tales casos, el tribunal de Estrasburgo no exige al demandante que demuestre la existencia de circunstancias personales que evidencien el riesgo de trato contrario al art. 3 del CEDH. El EP no puede expulsar a un extranjero si, según los informes recientes de organismos independientes e internacionales de protección de los DDHH, se pone de manifiesto la existencia de motivos fundados para creer que puede sufrir tratos contrarios al art. 3 en el Estado de destino por su pertenencia a un determinado grupo⁴⁸⁷.

Cuando se debe valorar el riesgo alegado por un demandante que dice pertenecer a una minoría perseguida en el Estado de destino, se le exige motivar las razones por las que su situación, en caso de expulsión, sería peor en comparación con la del resto de personas afectadas por su misma situación⁴⁸⁸. En *Muslim c. Turquía*, el TEDH, a la vista de las pruebas presentadas y en atención al contexto general en Iraq, no concluye que las circunstancias personales del demandante, miembro de la minoría turcomana, sean peor que las de otros miembros de su minoría, ni siquiera peores que las de los demás habitantes del norte de Iraq, donde parece que la situación de violencia generalizada no tiene tanto nivel de intensidad⁴⁸⁹.

⁴⁸⁶ STEDH de 19 de septiembre de 2013, *R.J. c. Francia*, demanda n. 10466/11, párs. 43 y 55.

⁴⁸⁷ STEDH de 23 de agosto de 2016, *J.K. y otros c. Suecia*, demanda n. 59166/12, p. 105; STEDH de 26 de enero de 2016, *R. c. Rusia*, demanda n. 11916/15, p. 56; STEDH de 15 de enero de 2015, *A.A. c. Francia*, demanda n. 18039/11, párs. 59 a 62; STEDH de 17 de julio de 2008, *N.A. c. Reino Unido*, demanda n. 25904/07, p. 116; STEDH de 19 de junio de 2008, *Ryabikin c. Rusia*, demanda n. 8320/04, p. 114; STEDH de 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia*, demanda n. 37201/06, p. 132; STEDH de 11 de enero de 2007, *Salah Sheekh c. Países Bajos*, demanda n. 1948/04, párs. 138 a 149. En este sentido, el CAT afirma que la alegación del riesgo de tortura por una persona no puede estar fundamentada por una relación de parentesco del solicitante con otra persona perteneciente a un grupo sujeto a malos tratos. Para el CAT, por norma general, los lazos de parentesco, por sí mismos, no son suficientes para fundamentar una queja en virtud del art. 3 de la CCT; CAT, comunicación n. 199/2002, *Attia c. Suecia*, CAT/C/31/D/199/2002, 17 de noviembre de 2003, p. 12.3; CAT, comunicación n. 201/2002, *M. V. c. los Países Bajos*, CAT/C/30/D/201/2002, 30 de mayo de 2003, p. 12.3.

⁴⁸⁸ En este sentido, STEDH de 12 de abril de 2005, *Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*, demanda n. 36378/02, párs. 351 a 353; STEDH de 31 de mayo de 2002 (decisión de admisibilidad), *Fatgan Katani y otros c. Alemania*, demanda n. 67679/01; STEDH de 30 de octubre de 1991, *Vilvarajah y otros c. Reino Unido*, demandas n. 13163/87, n. 13164/87, n. 131165/87, n. 13447/87 y n. 13448/87, p. 111.

⁴⁸⁹ STEDH de 26 de abril de 2005, *Muslim c. Turquía*, demanda n. 53566/99, p. 68.

La evaluación del riesgo de tratos contrarios al art. 3 debe ser muy rigurosa, debido al carácter absoluto de esta disposición y al hecho de que consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas que integran el COE⁴⁹⁰. En este sentido, aunque la situación general en el Estado de destino y el riesgo que esta supone para el sujeto objeto de expulsión son de interés para constatar las potenciales situaciones que pueden desarrollarse, las circunstancias imperantes en el momento preciso en el que se va a proceder a ejecutar la expulsión son fundamentales. Para determinar el punto de referencia temporal en el que se deben valorar los factores en que se basa el riesgo de expulsión, el Tribunal se vale de los siguientes criterios. Por un lado, cuando el TEDH debe evaluar el riesgo inherente a una expulsión que todavía no ha sido ejecutada, tiene en cuenta la situación generalizada en el Estado de destino en el momento de emitir su decisión sobre la conformidad o no con el CEDH de la expulsión⁴⁹¹. Por otro, cuando el TEDH debe evaluar el riesgo inherente a la expulsión cuando el EP ya la ha ejecutado, valora aquellos factores de riesgo que el EP conocía o debería haber conocido en el momento de llevar a cabo la expulsión⁴⁹².

⁴⁹⁰ STEDH de 5 de junio de 2018, *Amerkhanov c. Turquía*, demanda n. 16026/12, párr. 51; STEDH de 19 de junio de 2016, *M.D. y M.A. c. Bélgica*, demanda n. 58689/12, párr. 54; STEDH de 10 de mayo de 2016, *Babajanov c. Turquía*, demanda n. 49867/08, párr. 42; STEDH de 11 de julio del 2000, *Jabari c. Turquía*, demanda n. 40035/98, párr. 50; STEDH de 20 de septiembre de 2007, *Sultani c. Francia*, demanda n. 45223/05, párr. 63; STEDH de 30 de octubre de 1991, *Vilvarajah y otros c. Reino Unido*, demandas n. 13163/87, n. 13164/87, n. 131165/87, n. 13447/87 y n. 13448/87, párr. 108; STEDH de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, demanda n. 14038/88, párr. 88.

⁴⁹¹ STEDH de 19 de abril 2018, *A.S. c. Francia*, demanda n. 46240/15, párr. 60; STEDH de 26 de enero de 2017, *X. c. Suiza*, demanda n. 16744/14, párr. 62; STEDH de 17 de febrero de 2004, *Venkadajalasarma c. Países Bajos*, demanda n. 58510/00, párr. 63; STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, demanda n. 22414/93, párrs. 85 y 86. Esto se produce cuando la expulsión se retrasa como consecuencia de la adopción por parte del Tribunal de una medida provisional, tal y como se recoge en el art. 39 del Reglamento del TEDH: “1. La Sala, o en su caso el Presidente, podrán a petición de una parte o de cualquier otra persona interesada o de oficio, indicar a las partes cualquier medida provisional que estimen deba adoptarse en intereses de las partes o del buen desarrollo del procedimiento. 2. En los casos en los que se considere apropiado se informará al Comité de Ministros de las medidas adoptada en un procedimiento concreto. 3. La Sala podrá solicitar información a las partes sobre cualquier cuestión relacionada con la ejecución de las medidas provisionales que ha indicado”. En la jurisprudencia véase, STEDH de 4 de febrero de 2005, *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, demanda n. 46827/99 y 46951/99, párr. 69.

⁴⁹² STEDH de 19 de diciembre de 2017, *A. c. Suiza*, demanda n. 60342/16, párr. 39; STEDH de 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia*, demanda n. 37201/06, párr. 133.

4. LA NOCIÓN DE CONTROL EFECTIVO EN LA APLICACIÓN DEL ART. 3 DEL CEDH EN CASOS DE EXPULSIÓN

La externalización del control de sus fronteras externas por los EP ha dado luz a una variante del principio de no devolución: el concepto de *neo refoulement*⁴⁹³. Como señala CORTÁZAR ROTAECHE, el *neo refoulement* es “un nuevo modo de retorno al país de tránsito o de origen antes de alcanzar la frontera de un país de acogida o, incluso, de imposibilitar la salida de dicho país de procedencia”; es decir, no se expulsa a los extranjeros porque directamente no se les permite llegar⁴⁹⁴.

El CAT sostiene que todos los EP deben aplicar el principio de no devolución en cualquier territorio que se encuentre bajo su jurisdicción. Desde cualquier buque o aeronave del pabellón del EP, sin discriminación y con independencia de la situación administrativa del extranjero, ya sea regular o irregular, y tanto en circunstancias normales como de emergencia⁴⁹⁵. El CAT sostiene que el alcance de la palabra “territorio”, en el sentido del art. 2 de la CCT debe incluir las situaciones en que el EP ejerce, directa o indirectamente, un control efectivo *de facto* o *de iure* de conformidad con el DI. En un caso concerniente a España, el CAT mantiene que, desde el momento del rescate por parte del remolcador de salvamento marítimo español de las personas a bordo del carguero naufragado, que portaba a 369 inmigrantes de Asia y África, así como durante todo el proceso de identificación y repatriación hasta el puerto de Mauritania, el Estado español ejerce un control efectivo de las personas a bordo, por lo que, en consonancia con los criterios interpretativos del CAT, las personas a bordo se encuentran sometidas a su jurisdicción⁴⁹⁶.

Por su parte, el TEDH ha admitido que los actos de los EP realizados o que produzcan efectos fuera de su territorio puedan constituir un ejercicio de jurisdicción según el art. 1

⁴⁹³ HYNDMAN, J. y MOUNTZ, A., “Another Brick in the Wall? Neo-Refoulement and the Externalization of Asylum by Australia and Europe”, *Government and Opposition. An International Journal of Comparative Politics*, vol. 43, n. 2, 2008, 249-269.

⁴⁹⁴ CORTÁZAR ROTAECHE, C.J., “La dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. El SECA y la externalización del control de frontera en la UE: el peculiar problema de los espacios marinos”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coords.), *La Dimensión Exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 217 a 234, p. 221.

⁴⁹⁵ La referencia a “todo territorio” está estrechamente relacionada con los actos prohibidos cometidos no solo a bordo de un buque o aeronave matriculados en un EP, si no también durante la ocupación militar u operaciones de mantenimiento de la paz y en lugares tales como embajadas, bases militares o centros de detención u otras áreas en las que el Estado ejerza un control de hecho o efectivo, CAT, Observación general n. 2, “Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes”, CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008, p. 16.

⁴⁹⁶ CAT, comunicación n. 323/2007, *J. H. A. c. España*, CAT/C/41/D/323/2007, 10 de noviembre de 2008, p. 8.2.

del CEDH⁴⁹⁷. Si los agentes estatales ejercen su control efectivo sobre un sujeto y crean una afeción en los derechos de otras personas, la responsabilidad del Estado puede verse comprometida⁴⁹⁸. El *leading case* que consolida esta jurisprudencia es *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, objeto de análisis más detenido en el contexto de la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros (Capítulo IV.3.2.).

Por lo que respecta a la aplicación del art. 3 del CEDH, en la época en la que tuvieron lugar los hechos en *Hirsi Jamaa y otros*, el Estado libio no cumplía con ninguna norma relativa a la protección de los refugiados. Por tanto, a pesar de que algunas de las personas interceptadas poseían el estatuto de refugiado concedido por ACNUR, ni esta circunstancia ni la existencia de una oficina de dicho organismo en Trípoli garantizaban que Libia fuera a ejercer tal protección en la práctica⁴⁹⁹. En cumplimiento de las obligaciones derivadas del art. 3 del CEDH, correspondía a las autoridades italianas, constatar la situación de los DDHH en Libia para conocer los riesgos a los que se exponían los demandantes en caso de expulsión. Al no hacerlo, las autoridades italianas expusieron a los demandantes a tratos prohibidos por el CEDH, no cumpliendo con sus obligaciones dimanantes del art. 3 relativas a la evaluación del riesgo (epígrafe 3.2.). Por tanto, la legítima preocupación de los Estados por frustrar los intentos cada vez más frecuentes de llegadas irregulares de extranjeros no puede privar a estos de solicitar y, en su caso, disfrutar de protección internacional; posibilidad que les es conferida de conformidad con los tratados internacionales en la materia suscritos por los EP⁵⁰⁰.

⁴⁹⁷ Concretamente “that Article 1 of the Convention must be considered to reflect this ordinary and essentially territorial notion of jurisdiction, other bases of jurisdiction being exceptional and requiring special justification in the particular circumstances of each case”; STEDH de 12 de diciembre de 2001 (decisión de admisibilidad), *Banković y otros c. Bélgica y otros*, demanda n. 52207/09, párr. 61. Esta excepcional aplicación se aplica en el caso *Loizidou*, en el que el tribunal de Estrasburgo estimó la responsabilidad de un EP con carácter extraterritorial en los casos de aquellas zonas situadas fuera de su territorio nacional, donde procediera a un ejercicio de control militar, STEDH de 23 de marzo de 1995 (excepciones preliminares), *Loizidou c. Turquía*, demanda n. 15318/89, párr. 65. Sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones internacionales véase STEDH de 7 de julio de 2011, *Al-Skeini y otros c. Reino Unido*, demanda n. 55721/07, párrs. 132 y 136; STEDH de 29 de marzo de 2010, *Medvedyev y otros c. Francia*, demanda n. 3394/03, párrs. 64 a 67; STEDH de 16 de noviembre de 2004, *Issa y otros c. Turquía*, demanda n. 31821/96, párr. 71; STEDH de 8 de julio de 2004, *Ilaşcu y otros c. Moldavia y Rusia*, demanda n. 48787/99, párr. 314. En la doctrina véase, MORGAN GIL, S., “La aplicación extraterritorial del Convenio Europeo de Derechos Humanos y libertades fundamentales: el concepto de jurisdicción en perspectiva cosmopolita”, en GARCÍA I SEGURA, C., ABEGÓN NOVELLA, M., (Coords.), *La tensión cosmopolita. Avances y límites en la institucionalización del cosmopolitismo*, Tecnos, Madrid, 2016, 149-192.

⁴⁹⁸ STEDH de 7 de julio de 2011, *Al-Skeini y otros c. Reino Unido*, demanda n. 55721/07, párr. 136. Véase en la doctrina, RIJPM, J.J. y CREMONA, M., “The Extra-Territorialisation of EU Migration Policies and the Rule of Law”, *European University Institute Working Papers Law*, 2007/1, 1-24.

⁴⁹⁹ STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda n. 27765/09, párr. 130.

⁵⁰⁰ STEDH de 28 de marzo de 2017, *Z.A. y otros c. Rusia*, demandas nos. 61411/15, 61420/15, 61427/15, y 3028/16, párr. 104, STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n. 30696/09,

La postura del TEDH en *Hirsi Jamaa y otros* ya había sido defendida con anterioridad por ACNUR; el organismo de NU considera que las obligaciones que dimanen del principio de no devolución, en consonancia con las prácticas de interceptación de embarcaciones de extranjeros en el mar por parte de los Estados, ponen de manifiesto que una eventual limitación espacial del principio de no devolución implicaría que el principio sea infructuoso. De ser así, los Estados encontrarían una zona gris en la que podrían vulnerar libremente el DI los refugiados y el DIDH⁵⁰¹. Con la jurisprudencia desarrollada por el TEDH, se evita la existencia de esta suerte de “limbos jurídicos” donde los EP puedan eludir su responsabilidad internacional por una expulsión llevada a cabo por sus agentes, con independencia del lugar desde el que la expulsión se produzca (Capítulo IV.3.1). En este mismo sentido, en *Amuur c. Francia*, se concluye que los Estados no pueden negar los derechos derivados del CEDH a personas que se encuentran en la zona de tránsito internacional de los aeropuertos⁵⁰².

En el ámbito del DUE, no existe una cláusula de jurisdicción en la CDFUE, a diferencia del CEDH, por la que se atribuya la responsabilidad del EM ante una posible infracción del art. 19.2 –“nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”–. Según el art. 52.3 de la CDFUE, en aquellos derechos contenidos en la Carta que se correspondan a los del CEDH, el DUE no puede imponer a la CDFUE unos límites que no son admitidos por el CEDH⁵⁰³. Por consiguiente, el CEDH y la jurisprudencia desarrollada por el TEDH deben ser cumplidas en la

pár. 216; STEDH de 25 de junio de 1996, *Amuur c. Francia*, demanda n. 19776/92, pár. 43. No obstante, las medidas de control de inmigración de carácter extraterritorial que involucran a más de un Estado pueden escapar al control por parte del TEDH, ya que asignar un individuo a la jurisdicción de un Estado puede ser difícil; HESCHL, L., *Protecting the rights of refugees beyond european borders. Establishing extraterritorial legal responsibilities*, Intersentia, Cambridge, 2018, p. 136.

⁵⁰¹ ACNUR, “La interceptación de solicitantes de asilo y refugiados: el marco internacional y recomendaciones para un enfoque integral”; EC/EC/50/SC/CRP.17, 9 de junio de 2000, pár. 23. Esta postura también es la mantenida por la CIDH; CIDH, “Comité Haitiano de Derechos Humanos c. EEUU”, informe n. 51/96, 13 de marzo de 1997, pár. 157.

⁵⁰² En este caso, el Estado francés alegaba que la zona de tránsito del aeropuerto se encuentra “cerrada” por el lado francés, permaneciendo abierta al exterior, por lo que el Estado defiende que nada impide a los solicitantes regresar a Damasco, lugar desde el que volaron hasta Francia; STEDH de 25 de junio de 1996, *Amuur c. Francia*, demanda n. 19776/92. Véase en la doctrina, DEL VALLE GÁLVEZ, A., “Las zonas internacionales o zonas de tránsito de los aeropuertos, ficción liminar fronteriza”, *REEI*, n. 9, 2005, 1-18.

⁵⁰³ El art. 52.3 de la CDFUE titulado “Alcance de los derechos garantizados” establece lo siguiente: “En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio”. Como sostiene el AG, Paolo Mengozzi, esta disposición no impide que el DUE conceda una protección más extensa; Conclusiones del AG, Paolo Mengozzi, presentadas 7 de febrero de 2017, en el caso *X. c. Bélgica*, asunto C-638/16 PPU, punto 98.

aplicación del DUE. Así pues, los criterios aplicados por el TEDH sobre el control *de facto* para determinar la responsabilidad de las acciones llevadas a cabo por el Estado en alta mar, pueden interpretarse en el mismo sentido y alcance en la aplicación que el TJUE realice del art. 19.2 de la CDFUE relativo al principio de no devolución⁵⁰⁴.

En este contexto cabe hacer una breve referencia a las operaciones llevadas a cabo por parte FRONTEX. En concreto, se ha criticado la actuación de la Agencia FRONTEX en relación al cumplimiento del principio de no devolución en el marco de las operaciones que daban cumplimiento a los acuerdos llevados a cabo con países africanos, como Guinea o Senegal⁵⁰⁵. Con la creación de la Guardia Europea de Fronteras y Costas en septiembre de 2016, sucesora de FRONTEX, el Reglamento que crea esta nueva Agencia dota de mayor transparencia a estos acuerdos, al obligar a dar cuenta del alcance, naturaleza y finalidad de la cooperación. Asimismo, dentro de las operaciones llevadas a cabo por esta Agencia con terceros Estados, estas actividades se encuentran condicionadas al respeto de los principios y normas que regulan la acción exterior de la UE, lo que incluye el respeto de los DDHH y, más en particular, el principio de no devolución.

La puesta en marcha de estas operaciones comporta una complicada problemática jurídica relativa a los DDHH, especialmente en lo que al principio de no devolución se refiere. Concretamente, se debe denunciar la inexistencia a nivel internacional de vías jurídico-institucionales a disposición de los particulares para que puedan hacer valer sus DDHH ante instancias jurisdiccionales. No existe un Tribunal al que tengan acceso los particulares que pueda responsabilizar a la UE por una eventual vulneración del principio de no devolución. Si bien el TJUE tiene competencia sobre la responsabilidad

⁵⁰⁴ Se ha puesto de manifiesto que art. 18 y 19.1 de la CDFUE y el principio de no devolución, como principio general en el DUE se aplica de forma extraterritorial al utilizar el DIDH como medio de interpretación complementario de conformidad con el Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados; MUNGIANU, R., *Frontex and Non-Refoulement. The International Responsibility of the EU*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p. 190.

⁵⁰⁵ URREA CORRES, M., “El control de fronteras de la Unión Europea y su dimensión exterior: algunos interrogantes sobre la actuación de FRONTEX”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.), *La dimensión exterior del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, 2012, 235-254, p. 244 y 245. No solo FRONTEX, sino también muchos EM han llevado a cabo acuerdos de retorno con Estados donde no existe un alto standard de protección de los DDHH, ni siquiera, en algunos casos, han ratificado los textos internacionales básicos en esta materia; ARENAS HIDALGO, N., “El acuerdo europeo de readmisión de inmigrantes en situación irregular con Pakistán. Punto de inflexión o huida hacia adelante”, *RGDE*, n. 24, 2011, 1-41. Esto se debe a que la Agencia gozaba de libertad a la hora de decidir los Estados con los cuales establecer este tipo de relaciones; LIGUORI, A. y RICCIUTI, N., “FRONTEX ed il rispetto dei diritti umani nelle operazioni congiunte alle frontiere esterne nell’Unione europea”, *DUDI*, n. 6, 2012, 539- 567, p. 546.

extracontractual derivada de actos de las instituciones de la UE⁵⁰⁶, no recibe recursos individuales acerca de la responsabilidad de los Estados por violaciones de DDHH.

Como es sabido, tampoco es posible acudir ante el TEDH por los actos que se atribuyan a la UE, dado que se trata de una OI que todavía no es parte en el CEDH. Si la UE se hubiera adherido al CEDH, el TEDH sería competente en concreto para la salvaguarda del art. 3 del CEDH. A fecha de hoy, si se planteara una demanda ante el TEDH relativa a las actividades de la Agencia FRONTEX, es muy probable que se declarara incompetente para ejercer su control jurisdiccional sobre actos llevados a cabo por la UE⁵⁰⁷. Por tanto, desde luego este es un ámbito en el que se pone de manifiesto la necesidad de la adhesión de la UE al CEDH; lo que permitiría, entre otras cosas, la aplicación de la jurisprudencia desarrollada en torno al art. 3 a todos los actos atribuibles a la UE como OI⁵⁰⁸.

5. LOS ACTOS PROHIBIDOS POR EL ART. 3 DEL CEDH ATRIBUIBLES A ACTORES NO ESTATALES

La CDI, en sus comentarios al art. 24 titulado “obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que podría ser sometido a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, señala que este artículo no se ocupa de los supuestos en los que el riesgo de tales tratos emana de personas o grupos de personas que actúan a título particular⁵⁰⁹. El Ponente de la CDI se mostró partidario de incorporar los actos provenientes de actores no estatales en los arts. 17 y 24, tomando como referencia la jurisprudencia del TEDH. Sin embargo, finalmente el órgano codificador rechazó esta propuesta⁵¹⁰. En este mismo sentido, el CAT mantiene que “la cuestión de si [un] Estado

⁵⁰⁶ Como señala ESTEVE GARCÍA, “la responsabilidad extracontractual puede exigirse tanto por parte de las instituciones como por parte de los particulares, siempre que se cumpla con los requisitos del TJUE, pues las agencias pueden incurrir en alguna ilegalidad y en la medida en que dicha ilegalidad pueda ser calificada como «suficientemente caracterizada», puede conllevar la obligación de indemnización de los daños causados por la agencia o por sus agentes”; ESTEVE GARCÍA, F., “El control judicial de las agencias en el espacio de libertad, seguridad y justicia”, en BLASI CASAGRAN, C. e ILLAMOLA DAUSÀ, M. (Coords.), *El control de las agencias del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2016, 81-104, p. 103.

⁵⁰⁷ SOLER GARCÍA, C., “La Guardia Europea de Fronteras y Costas: ¿un avance respecto a FRONTEX? Una valoración provisional”, *REEL*, n. 34, 2017, 1-44, p. 42.

⁵⁰⁸ Como se ha señalado, con la adhesión, “el TEDH sería el único tribunal capacitado para llevar un auténtico control «desde fuera», con una perspectiva genuinamente internacional, y por tanto, con una mayor objetividad”; URÍA GAVILÁN, E., *La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Bosch Editor, Barcelona, 2018, p. 112.

⁵⁰⁹ Proyecto de la CDI, Doc. A/69/10, comentario 4) a la propuesta de art. 24, p. 68.

⁵¹⁰ La CDI ha preferido que sean los órganos internacionales de vigilancia y los tribunales garantes de instrumentos de protección de los DDHH quienes, llegado el momento, se pronuncien al respecto. Véase

Parte tiene la obligación de no ejecutar la expulsión de una persona que pueda estar en peligro de que se le inflijan dolores por parte de una entidad ajena al Gobierno, sin el consentimiento ni la aquiescencia de este, rebasa el artículo 3 de la Convención”⁵¹¹.

Por el contrario, el TEDH sí que interpreta el art. 3 del CEDH de forma que ampare al extranjero objeto de la expulsión frente al riesgo de sufrir torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes infligidos por individuos a título particular en el Estado de destino. A tenor de la importancia que se le debe reconocer al art. 3 del CEDH como DH inderogable, esta disposición permite una aplicación flexible respecto de todas las situaciones en las que se ponga en riesgo su cumplimiento, incluso por actores no estatales⁵¹².

Por tanto, el tribunal de Estrasburgo protege al extranjero de los actos atribuibles a actores no estatales⁵¹³. Además de basarse en el carácter absoluto del citado artículo, la conjunta del art. 1 con el art. 3 del CEDH, obliga a los EM a proteger a todas las personas bajo su jurisdicción del riesgo de ser sometidos a tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes, aun cuando se trate de actos atribuibles a actores no estatales⁵¹⁴.

Para que se aplique el art. 3 del CEDH con relación a actos de actores no estatales, en primer lugar, debe demostrarse que el riesgo es real y, en segundo lugar, que las autoridades del Estado receptor no pueden evitar el riesgo proporcionando una protección

el CDI, “Quinto informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/611, 27 de marzo de 2009, p. 44. No obstante, España en sus observaciones al Proyecto, mantiene que es necesario analizar la posibilidad de aplicar el art. 24 a estos casos, aun cuando su inclusión suponga una controversia entre las opiniones de los Estados. Para defender su postura se remite a la jurisprudencia del TEDH, la cual considera equilibrada ya que acota la aplicación del art. 3 a los casos en que el Estado de destino no puede ofrecer protección contra los particulares; AGNU, Sexta Comisión, “Tema 79 del programa: informe de la CDI sobre la labor realizada en sus periodos de sesiones 63º y 64º”, A/C.6/67/SR.18, 4 de diciembre de 2012, p. 115.

⁵¹¹ CAT, comunicación n. 083/1997, *G.R.B. c. Suecia*, CAT/C/20/D/83/1997, 15 de mayo de 1998, p. 6.5. Empero, en casos excepcionales, el CAT reconoce que el art. 3 puede ser aplicado a regímenes de facto en determinadas circunstancias cuando “esas facciones ejercen ciertas prerrogativas comparables a las que ejercen normalmente los Gobiernos legítimos”, CAT, comunicación n. 120/1998, *Elmi c. Australia*, CAT/C/22/D/120/1998, 14 de mayo de 1999, p. 6.5.

⁵¹² STEDH de 29 de abril de 2002, *Pretty c. Reino Unido*, demanda n. 2346/02, p. 50.

⁵¹³ STEDH de 7 de diciembre de 2017, *D. L. c. Austria*, demanda n. 34999/16, p. 56; STEDH de 4 de junio 2015, *J. K. y otros c. Suecia*, demanda n. 59166/12, p. 50; STEDH de 20 de diciembre de 2011, *J.H. c. Reino Unido*, demanda n. 48839/09, p. 51; STEDH de 20 de octubre de 2011, *Samina c. Suecia*, demanda n. 55463/09, p. 46; STEDH de 13 de octubre de 2011, *Husseini c. Suecia*, demanda n. 10611/09, p. 80; STEDH de 28 de junio de 2011, *Sufi y Elmi c. Reino Unido*, demanda nos. 8319/07 y 11449/07, p. 213; STEDH de 20 de enero de 2011, *N. S. c. Dinamarca*, demanda n. 58359/08, p. 70; STEDH de 20 de enero de 2011, *S.S. y otros c. Dinamarca*, demanda n. 54703/08, p. 82.

⁵¹⁴ STEDH de 27 de junio de 2013, *D.N.M. c. Suecia*, demanda n. 28379/11, p. 44; STEDH de 11 de enero de 2007, *Salah Sheekh c. Países Bajos*, demanda n. 1948/04, p. 147; STEDH de 7 de marzo de 2000 (decisión de admisibilidad), *T.I. c. Reino Unido*, demanda n. 43844/98; STEDH de 23 de septiembre de 1998, *A. c. Reino Unido*, demanda n. 100/1997/884/1096, p. 22; STEDH de 19 de abril de 1997, *H.L.R., c. Francia*, demanda n. 24573/94, p. 40.

adecuada⁵¹⁵. Así, en *M.E. c. Francia*, la demandante alega el riesgo de sufrir un trato contrario al art. 3 del CEDH si es expulsada a Egipto, debido a su pertenencia a la minoría copta –los egipcios que profesan algún tipo de fe cristiana–. Aunque la situación generalizada de violencia y persecución de los cristianos coptos durante la época puede ser constatada, estos motivos no son suficientes para demostrar una persecución que suponga la violación del art. 3. El hecho de que la demandante vaya a ser condenada a tres años de prisión por su pertenencia a la minoría copta si es expulsada a Egipto tampoco es motivo suficiente para fallar una vulneración del art. 3, teniendo en cuenta el umbral de gravedad aplicable a esta disposición. No obstante, debido a que el riesgo de persecución no proviene del propio Estado, sino de los fundamentalistas islámicos y, dada la falta de respuesta de las autoridades policiales egipcias a las quejas de los cristianos coptos, se presentan serias dudas en cuanto a la posibilidad de que la demandante reciba una protección efectiva por parte de las autoridades egipcias. Es este último motivo el que da lugar a que la expulsión de la demandante a Egipto viole el art. 3 del CEDH⁵¹⁶.

El TEDH, a la hora de concretar qué cabe entender por protección efectiva del EP contra los tratos contrarios al art. 3 provenientes de actores no estatales, se remite al DUE cuando el Estado demandado se trata de un EM de la UE. En concreto, mantiene que de acuerdo con la normativa de la UE, el Estado o entidad que proporciona la protección debe cumplir con ciertos requisitos específicos: en particular, que el Estado disponga de un sistema jurídico eficaz de investigación, procesamiento y sanción de daños graves, a los cuales el solicitante tenga acceso⁵¹⁷. Como ya se ha apuntado en el Capítulo I. 3.3., según el TJUE, las circunstancias que permiten esclarecer la capacidad o incapacidad del Estado de origen de garantizar protección a sus nacionales frente a los actos de persecución “constituyen un elemento decisivo de valoración conducente a la concesión del estatuto de refugiado o, por el contrario, al cese de tal estatuto⁵¹⁸. Por tanto, a la hora de evaluar la capacidad del Estado de destino para ofrecer protección al sujeto frente a

⁵¹⁵ En ese sentido véase STEDH de 5 de julio de 2016, *A.M. c. Países Bajos*, demanda n. 29094/09, pár. 79; STEDH de 16 de junio de 2016, *R.D. c. Francia*, demanda n. 34648/14, pár. 40; STEDH de 20 de enero de 2009, *F.H. c. Suecia*, demanda n. 32621/06, pár. 102; STEDH de 17 de julio de 2008, *N.A. c. Reino Unido*, demanda n. 25904/07, pár. 110; STEDH de 11 de enero de 2007, *Salah Sheekh c. Países Bajos*, demanda n. 1948/04, pár. 137.

⁵¹⁶ STEDH de 6 de junio de 2013, *M.E. c. Francia*, demanda n. 50094/10, párs. 50 a 53.

⁵¹⁷ Véase el art. 7.2 de la Directiva 2011/95/UE. En la jurisprudencia del tribunal de Estrasburgo véase la referencia al DUE en, STEDH de 23 de agosto de 2016, *J.K. y otros c. Suecia*, demanda n. 59166/12, pár. 119.

⁵¹⁸ STJUE de 2 de marzo de 2010, *Salahadin Abdulla y otros*, asuntos acumulados C-175/08, C-176/08, C-178/08 y C-179/08, apdo. 68.

los tratos derivados de agentes no estatales, el TEDH y el TJUE se basan en los mismos criterios, lo que evidencia un fluido diálogo judicial.

El TEDH mantiene que existe violación del art. 3 en caso de expulsión al Estado de origen de miembros de clanes minoritarios que son objeto de persecución por parte de milicias. Así, en *Sufi y Elmi c. Reino Unido* considera que el hecho de que el demandante haya permanecido demasiado tiempo en Europa puede llevar a que sea considerado en su Estado de origen como occidentalizado y anti islámico, lo que le puede comportar un castigo corporal público contrario al art. 3 del CEDH⁵¹⁹.

Asimismo, el riesgo de sufrir violencia de género, en determinadas y excepcionales ocasiones, también es considerado como un trato prohibido por el art. 3 y, por tanto, conlleva la prohibición de expulsión. Es importante poner de relieve que no todos los casos de violencia doméstica pueden dar lugar a una Sentencia del TEDH en la que se declare la prohibición de expulsión a la luz del CEDH. Esta protección sólo se da en si el Estado no puede o no quiere conceder una protección efectiva ante el riesgo de persecución por actores a título privado. En *N. c. Suecia* el riesgo que la demandante corre si es expulsada a Afganistán se enmarca en el contexto de la violencia doméstica, debido a la relación extramarital que mantiene y que es descubierta por su cónyuge. Se constata a través de informes de ONGs que cerca del 80% de las mujeres originarias de ese país son víctimas de este tipo de violencia que el Estado legitima y los autores no son perseguidos judicialmente ante los tribunales afganos. Por consiguiente, el TEDH, convencido de la imposibilidad de que la demandante reanude una vida social normal y alarmado por la forma en la que se persiguen los llamados “crímenes de honor” en este país, unido a la pasividad de las autoridades del Estado y a los riesgos de represalias por parte de su familia, considera que la expulsión de la demandante a su Estado de origen supone una violación del art. 3 del CEDH⁵²⁰.

Otro contexto en el que se aplica la prohibición de expulsión ante el riesgo de torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes por parte de actores no estatales, es el relativo a la práctica de la mutilación genital femenina. Aunque parezca casi indiscutible que el hecho de someter a alguien a estos actos equivale a tratos contrarios al art. 3, se concluye o no la prohibición de expulsión en tales supuestos a la vista de si el Estado está

⁵¹⁹ STEDH de 28 de junio de 2011, *Sufi y Elmi c. Reino Unido*, demanda nos. 8319/07 y 11449/07, pár. 293.

⁵²⁰ STEDH de 20 de julio de 2010, *N. c. Suecia*, demanda n. 23505/09, párs. 55, 56 y 62. En relación a la violencia contra la mujer en el Estado de origen véase, STEDH de 15 junio de 2010, *Ahmadpour c. Turquía*, demanda n. 12717/08.

llevando a cabo medidas legislativas encaminadas a poner fin a tales prácticas⁵²¹. También es fundamental valorar la posibilidad de que los perjudicados puedan ampararse en algunas de las medidas que el Estado está llevando a cabo a este respecto⁵²².

En *Izevbekhai y otros c. Irlanda*, los demandantes defienden que su expulsión a Nigeria expone a sus hijas al riesgo de sufrir mutilación genital femenina. Nigeria ha ratificado el Protocolo Maputo, según el cual se compromete a legislar con el fin de erradicar la mutilación genital femenina. Aunque el Protocolo no se encuentra efectivamente incorporado en la normativa interna nigeriana, su Constitución sí que prohíbe la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes. Además, las acciones emprendidas por Nigeria hasta el momento han permitido que un tercio de los Estados nigerianos prohíban en su legislación penal la mutilación genital femenina⁵²³. Además, el TEDH también valora la situación financiera y socialmente privilegiada de los demandantes en Nigeria, que les permitiría reubicarse al norte del país, lugar en el que la tasa relativa a la mutilación genital femenina es significativamente inferior en comparación al resto de regiones⁵²⁴. Dado que los demandantes pueden proteger a sus hijas en el caso de volver a Nigeria, se llega a la conclusión de que no han demostrado el riesgo real y concreto de trato contrario al art. 3 en este Estado si son expulsados, por lo que se declara la demanda inadmisibile⁵²⁵.

6. LA APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES ANTE EL RIESGO DE VULNERACIÓN DEL ART. 3 DEL CEDH EN CASO DE EXPULSIÓN

Aunque en el CEDH no se incluye ninguna referencia, según el art. 39 de su Reglamento interno el TEDH puede, ante el riesgo inminente de daño irreparable, ordenar

⁵²¹ En este sentido, STEDH de 7 de junio de 2016, *R.B.A.B. y otros c. Países Bajos*, demanda n. 7211/06; STEDH de 20 de septiembre de 2011 (decisión de admisibilidad), *Omeredo c. Austria*, demanda n. 8969/10; STEDH de 17 de mayo de 2011 (decisión de admisibilidad), *Izevbekhai y otros c. Irlanda*, demanda n. 43408/08, párs. 74 y 75; STEDH de 8 de marzo de 2007 (decisión de admisibilidad), *Collins y Akaziebie c. Suecia*, demanda n. 23944/05.

⁵²² STEDH de 17 de mayo de 2011 (decisión de admisibilidad), *Izevbekhai y otros c. Irlanda*, demanda n. 43408/08.

⁵²³ STEDH de 17 de mayo de 2011 (decisión de admisibilidad), *Izevbekhai y otros c. Irlanda*, demanda n. 43408/08, párs. 74 y 75.

⁵²⁴ STEDH de 17 de mayo de 2011 (decisión de admisibilidad), *Izevbekhai y otros c. Irlanda*, demanda n. 43408/08, pár. 80.

⁵²⁵ STEDH de 17 de mayo de 2011 (decisión de admisibilidad), *Izevbekhai y otros c. Irlanda*, demanda n. 43408/08, párs. 81.

medidas cautelares a cualquier EP⁵²⁶. Estas medidas pueden desempeñar un papel vital en aras a evitar situaciones irreversibles que impidan al TEDH examinar adecuadamente la solicitud y, cuando proceda, asegurar al demandante el beneficio práctico y efectivo de los derechos que le corresponden en virtud del CEDH⁵²⁷. El rol que adquieren las medidas cautelares es de carácter preventivo, ya que, “tradicionalmente han sido ordenadas para mantener el *statu quo* objeto de disputa hasta que el Tribunal decida sobre el fondo del asunto”⁵²⁸.

El carácter obligatorio de las medidas cautelares ha sido objeto de debate⁵²⁹. En alguna opinión disiente se ha puesto de manifiesto que el vigente tenor literal del CEDH no apoya el carácter obligatorio de las medidas provisionales, teniendo en cuenta además los trabajos preparatorios que dieron lugar a la adopción del Convenio de Roma y el posterior Protocolo n. 11⁵³⁰. Pero para el TEDH se trata de medidas obligatorias en todos los supuestos, con independencia de los derechos del CEDH cuya integridad se pretenda salvaguardar. La Gran Sala en *Mamatkoulov y Askarov c. Turquía* confirma la obligatoriedad de las medidas cautelares, tras una jurisprudencia anterior en la que no había dejado clara su naturaleza obligatoria⁵³¹. Es importante que el TEDH confirme la obligatoriedad de las medidas cautelares dado que, de lo contrario, se despojaría de protección efectiva a los derechos consagrados en el CEDH. Más en concreto, por lo que

⁵²⁶ A tenor de este precepto: “1. La Sala o, en su caso, el Presidente de la Sección o el Juez de guardia designado de acuerdo con el apartado 4 del presente artículo podrán, ya sea a instancia de parte o de cualquier otra persona interesada, o de oficio, indicar a las partes cualquier medida cautelar que consideren deba ser adoptada en interés de las partes o del buen desarrollo del procedimiento. 2. Cuando así se considere oportuno, el Comité de Ministros será inmediatamente informado de las medidas adoptadas en un asunto. 3. La Sala, o en su caso, el Presidente de la Sección o el Juez de guardia designado de acuerdo con el apartado 4 del presente artículo podrán solicitar a las partes que aporten información sobre cualquier cuestión relativa a la puesta en práctica de las medidas cautelares indicadas. 4. El presidente del TEDH podrá designar como Jueces de guardia a los Vicepresidentes de Sección para resolver sobre la solicitud de medidas cautelares”; TEDH, “Reglamento de Procedimiento del TEDH”. Estrasburgo, 1 de agosto de 2018. Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_SPA.pdf

⁵²⁷ STEDH de 25 de septiembre de 2012, *Rrapo c. Albania*, demanda n. 58555/10, párr. 94; STEDH de 2 de marzo del 2010, *Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido*, demanda n. 61498/08, párr. 160; STEDH de 4 de febrero de 2005, *Mamatkoulov y Askarov c. Turquía*, demandas nos. 46827/99 y 46951/99, párr. 125.

⁵²⁸ MIGUEL JUAN, C., “El Convenio europeo de derechos humanos y la protección de los refugiados”, en CHUECA SANCHO, A.G., *Derechos humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea*, Lex Nova, Valladolid, 2010, 171-186, p. 175.

⁵²⁹ PASTOR RIDRUEJO, J.A., “La Reciente Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Temas Escogidos”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Universidad del País Vasco, 2007, 239-276, pp. 264 y 265: “las medidas cautelares acordadas por el Tribunal europeo de derechos humanos no son obligatorias desde el punto de vista jurídico”.

⁵³⁰ Véase a este respecto la opinión parcialmente disidente del juez nacional turco en el asunto del TEDH de 4 de febrero de 2005, *Mamatkoulov y Askarov c. Turquía*, demandas nos. 46827/99 y 46951/99.

⁵³¹ Respecto a esta anterior línea jurisprudencial seguida por el TEDH véase STEDH de 13 de marzo de 2001 (decisión de admisibilidad), *Čonka c. Bélgica*, demanda n. 51564/99; STEDH de 20 de marzo de 1991, *Cruz Varas y otros c. Suecia*, demanda n. 15576/89, párr. 102.

se refiere al objeto de estudio del presente trabajo, si la ejecución de las medidas cautelares descansara en la discrecionalidad de los EP, se correría el riesgo de que priorizaran la ejecución de sus políticas en materia de expulsión y el cumplimiento de sus acuerdos bilaterales en materia de extradición, *in peius* de la efectiva aplicación de las medidas cautelares.

Las medidas cautelares son decididas por el Tribunal solo en circunstancias bien definidas, en aquellos supuestos en los que estima que la no ejecución de estas medidas puede derivar en un riesgo real de daño grave irreparable. En la práctica, la mayoría de las veces en las que se ordena la ejecución de medidas cautelares, están referidas a supuestos de expulsión de extranjeros⁵³². El tribunal de Estrasburgo suele aplicarlas a casos en los que debe evaluar el riesgo de vulneración del art. 3 del CEDH si se lleva a cabo la expulsión. Las medidas cautelares suponen la suspensión de la ejecución de la decisión de expulsión hasta que el TEDH estime que el EP puede ejecutarla sin incurrir en una violación del art. 3 del CEDH. No obstante, la adopción de medidas cautelares no interfiere o prejuzga la decisión sobre admisibilidad o el fondo del asunto⁵³³. Cuando el tribunal de Estrasburgo ha adoptado medidas cautelares en otros contextos, lo ha hecho de forma excepcional y en asuntos relacionados con un riesgo de flagrante de denegación de justicia⁵³⁴; en contextos relativos a la amenaza de quebrantar el derecho a la vida privada y familiar⁵³⁵; de forma también muy excepcional a la hora de asegurar la efectiva

Universitat d'Alacant

⁵³² En 2017, el 70% de las solicitudes de medidas cautelares concedidas se refieren a casos de expulsión o inmigración; TEDH, Ficha temática “Interim measures”, febrero de 2018, p. 12. Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Interim_measures_ENG.pdf Como ejemplo de la inusual aplicación de medidas cautelares por parte del TEDH, puede observarse que, del 1 al 30 de junio de 2018, han sido rechazadas 254 medidas cautelares por las que se suspende la ejecución de la expulsión hasta la adopción de una decisión por parte del TEDH, frente a las 55 finalmente aceptadas. Véanse estos datos en TEDH, “Interim measures accepted by respondent State and destination (if applicable) from 1 January to 30 June 2018”. Disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_art_39_02_ENG.pdf Alguna parte de la doctrina sostiene que tal excepcionalidad pretende evitar que el TEDH se convierta en una suerte de tribunal europeo de apelaciones para los casos de denegación de asilo a nivel nacional; LETSAS, G., “International human rights and the binding force of interim measures”, *European Human Rights Law Review*, vol. 5, 2003, 527-538, p. 530.

⁵³³ TEDH, Ficha temática “Interim measures”, febrero de 2018, pp. 1 y 2. Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Interim_measures_ENG.pdf

⁵³⁴ STEDH de 17 de enero de 2012, *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, demanda n. 8139/09; STEDH de 24 de abril de 2008, *Ismoilov y otros c. Rusia*, demanda n. 2947/06; STEDH de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, demanda n. 14038/88.

⁵³⁵ En el asunto *B. c. Bélgica*, el Tribunal determina que es necesaria la suspensión de la expulsión hasta que analice si los motivos invocados por el Gobierno belga son necesarios en una sociedad democrática y, en consecuencia, fundamentaban la injerencia en el derecho a la vida privada y familiar de los solicitantes, lo cual ocurriría en el caso de ejecutar la expulsión; STEDH de 10 de julio de 2012, *B. c. Bélgica*, demanda n. 4320/11, párs. 76 y 77. En este sentido, STEDH de 6 de julio de 2010, *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, demanda n. 41615/07; STEDH de 11 de julio de 2002, *Amrollahi c. Dinamarca*, demanda n. 56811/00.

aplicación de un proceso equitativo y asistencia judicial⁵³⁶; para impedir la destrucción de un elemento esencial para el examen de la demanda⁵³⁷; y por temas de salud y condiciones de detención⁵³⁸.

El TEDH posee total discrecionalidad a la hora de decidir si ordena o no medidas cautelares. En consecuencia, la denegación de las mismas no concede al solicitante la posibilidad de interponer un recurso contra la decisión que las deniega. Asimismo, el TEDH tampoco comunica los motivos de su decisión⁵³⁹.

Aunque el solicitante debe demostrar la existencia de un riesgo inminente para fundamentar la petición de medidas cautelares, de la propia naturaleza de las medidas se desprende que, debido al breve lapso de tiempo en el que deben adoptarse, todos los hechos que fundamentan su necesidad no pueden ser expuestos en el momento procesal de solicitarlas⁵⁴⁰. Por tanto, a la hora de valorar si existe un riesgo inminente, se aplica el principio de subsidiariedad; esto es, solo se evidencia la existencia de tal riesgo si no es posible acudir a las vías internas nacionales para suspender la expulsión o cuando las mismas se han agotado sin éxito. Asimismo, si estuviera a disposición del demandante un recurso efectivo a nivel internacional que pueda suspender la expulsión, no se puede considerar que exista un riesgo inminente a los efectos de activar el procedimiento de medidas cautelares previsto en el art. 39 del Reglamento del TEDH⁵⁴¹.

En relación al tiempo de duración de las medidas cautelares, estas pueden prolongarse durante el periodo que dura el procedimiento ante el TEDH por el que se

⁵³⁶ STEDH de 17 de julio de 2008, *X. c. Croacia*, demanda n. 11223/04; STEDH de 12 de mayo de 2005, *Öcalan c. Turquía*, demanda n. 46221/99.

⁵³⁷ STEDH de 2 de octubre de 2012, *Knecht c. Rumania*, demanda n. 10048/10; STEDH de 10 de abril de 2007, *Evans c. Reino Unido*, demanda n. 6339/05.

⁵³⁸ STEDH de 17 de noviembre de 2015, *Bamouhammad c. Bélgica*, demanda n. 47687/13; STEDH de 14 de marzo de 2013, *Salakhov e Islyamova c. Ucrania*, demanda n. 28005/08; STEDH de 15 de octubre de 2009, *Prežec c. Croacia*, demanda n. 48185/07; STEDH de 7 de julio de 2009, *Groni c. Albania*, demanda n. 25336/04.

⁵³⁹ En el seno del TEDH, es el presidente de la Sala o del Tribunal quien, sin escuchar al Estado demandado, puede decidir la imposición de dichas medidas. El Estado demandado tiene la opción de solicitar el levantamiento de las mismas, siempre y cuando ofrezca alguna garantía que supla el daño irreparable que la medida cautelar intenta evitar. En la CIJ, al contrario, las medidas se adoptan tras un procedimiento contradictorio en el que las dos partes son llamadas a exponer sus alegatos; PASTOR RIDRUEJO, J.A., "La Reciente Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Temas Escogidos", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Universidad del País Vasco, 2007, 239-276, p. 260.

⁵⁴⁰ Precisamente esa es la génesis de las medidas cautelares, la preservación de la capacidad del TEDH para emitir un juicio; STEDH de 10 de marzo de 2009, *Paladi c. Moldavia*, demanda n. 39806/05, p. 89.

⁵⁴¹ ACNUR, "Guía Relativa a la Solicitud de Medidas Provisionales en Virtud de la Regla 39 del Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para Personas en Necesidad de Protección Internacional", 2012, p. 12.

determina la vulneración del art. 3 de ejecutarse la expulsión⁵⁴². Las medidas cautelares también pueden prolongarse durante el transcurso del procedimiento ante el TEDH, hasta que se decida la inexistencia de riesgo en caso de expulsión o la inadmisibilidad de la demanda⁵⁴³. El tribunal de Estrasburgo también puede decidir aplicarlas durante un periodo más limitado, pudiendo prorrogarlo posteriormente⁵⁴⁴, o sencillamente ponerles fin cuando así lo crea conveniente⁵⁴⁵. En *W.H. c. Suecia*, se ordena a Suecia la suspensión de la expulsión de la demandante a Iraq durante el transcurso del procedimiento ante el Tribunal. Durante este transcurso de tiempo, la demandante consigue un permiso de estancia permanente en Suecia y manifiesta al TEDH su deseo de no continuar con el procedimiento, lo que supone el fin de las medidas cautelares y el archivo de las actuaciones⁵⁴⁶.

Por otro lado, es frecuente el uso de medidas cautelares cuando en el procedimiento está en juego la valoración de las garantías dadas por el Estado de destino al Estado expulsor con el fin de expulsar a un extranjero (epígrafe 8). Por lo general, se ordena al Estado expulsor suspender la expulsión hasta que se analice si las garantías dadas por el Estado de destino en el supuesto concreto eliminan el riesgo de tratos contrarios al art. 3 en caso de expulsión⁵⁴⁷. Finalmente, con independencia de la decisión adoptada acerca del riesgo o no de vulneración del art. 3 si se lleva a cabo la expulsión, el fin del procedimiento ante el Tribunal conlleva la extinción de las medidas cautelares adoptadas.

De conformidad con el art. 34 del CEDH, los EP están comprometidos a abstenerse de realizar cualquier acción y/u omisión que pueda perjudicar el derecho a interponer una demanda ante el Tribunal. Si el EP incumple la medida cautelar y procede a la expulsión

⁵⁴² STEDH de 23 de marzo de 2016, *F.G. c. Suecia*, demanda n. 43611/11; párr. 143; STEDH de 2 de septiembre de 2010, *Y.P. y L.P. c. Francia*, demanda n. 32476/06, párr. 74; STEDH de 11 de julio del 2000, *Jabari c. Turquía*, demanda n. 40035/98, párr. 42.

⁵⁴³ STEDH de 20 de septiembre de 2011 (decisión de admisibilidad), *Omeredo c. Austria*, demanda n. 8969/10; STEDH de 17 de mayo de 2011 (decisión de admisibilidad), *Izevbehai y otros c. Irlanda*, demanda n. 43408/08; STEDH de 8 de marzo de 2007 (decisión de admisibilidad), *Collins y Akaziebie c. Suecia*, demanda n. 23944/05.

⁵⁴⁴ STEDH de 20 de enero de 2009, *F.H. c. Suecia*, demanda n. 32621/06, párr. 46.

⁵⁴⁵ En este sentido, STEDH de 19 de enero de 2016, *Sow. c. Bélgica*, demanda n. 27081/13, párr. 84; STEDH de 8 de abril de 2015, *M.E. c. Suecia*, demanda n. 71398/12, párr. 39; STEDH de 22 de septiembre de 2015 (decisión de admisibilidad), *A.E. c. Finlandia*, demanda n. 30953/11; STEDH de 10 de julio de 2012 (decisión de admisibilidad), *A.S.B. c. Países Bajos*, demanda n. 4854/12; STEDH de 1 de julio de 2003 (decisión de admisibilidad), *Abraham Lunguli c. Suecia*, demanda n. 33692/02. Otro de los motivos usuales por los que se pone fin a las medidas cautelares es debido al acuerdo amistoso entre las partes; STEDH de 19 de marzo de 2015, *S.J. c. Bélgica*, demanda n. 70055/10; STEDH de 1 de diciembre de 2009 (decisión de admisibilidad), *M. c. Reino Unido*, demanda n. 16081/08.

⁵⁴⁶ STEDH de 8 de abril de 2015, *W.H. c. Suecia*, demanda n. 49341/10.

⁵⁴⁷ STEDH de 10 de abril de 2012, *Babar Ahmad y otros c. Reino* demanda nos. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 y 67354/09; STEDH de 3 de julio de 2001 (decisión de admisibilidad), *Nivette c. Francia*, demanda n. 44190/98.

del extranjero, se considera que el Estado obstaculiza el derecho del sujeto a plantear una demanda y, por tanto, vulnera el art. 34 del CEDH⁵⁴⁸. Además, el tribunal de Estrasburgo también mantiene que se ha vulnerado el art. 1 del CEDH, dado que el EP vulnera este precepto al no salvaguardar los derechos y libertades enunciados en el CEDH. Esta transgresión del CEDH ocurre con independencia de que finalmente se considere que no existe riesgo de que se vulnere el art. 3 si se ejecuta la expulsión del extranjero⁵⁴⁹.

En los supuestos en los que el tribunal de Estrasburgo examina una denuncia basada en el art. 34 del CEDH por el incumplimiento de un EP de una medida provisional, es el propio Estado el encargado de demostrar que la medida ha sido cumplida o, excepcionalmente, que ha existido algún impedimento por el que no ha sido posible cumplirla, además de demostrar que ha hecho todo lo posible para eliminar el obstáculo que ha impedido su correcta aplicación⁵⁵⁰. En *Trabelsi c. Bélgica*, se ordena a las autoridades belgas que suspendan la expulsión del demandante a los EEUU hasta analizar el riesgo que ello comporta en virtud del art. 3 del CEDH. Sin embargo, Bélgica expulsa al demandante, alegando que se ha comprobado que no se encuentra expuesto a un trato contrario al CEDH. Además, el Estado alega que la suspensión de la expulsión por la adopción de la medida cautelar pone en riesgo los compromisos asumidos por Bélgica con los EEUU en materia de extradición y aumenta el riesgo de evasión del demandante⁵⁵¹. Estos motivos no son suficientes para que el TEDH se aparte de su consolidada jurisprudencia en la que se reafirma el carácter absoluto del art. 3 de CEDH, amén de que para el Tribunal las razones esgrimidas por el Gobierno belga no justifican

⁵⁴⁸ STEDH de 15 de enero de 2008, *Mostafa y otros c. Turquía*, demanda n. 16348/08; STEDH de 10 de agosto de 2006, *Olaechea Cahuas c. España*, demanda n. 24668/03.

⁵⁴⁹ En el asunto *Mamatkoulov y Askarov c. Turquía*, el TEDH ordena la adopción de medidas cautelares a Turquía consistentes en la no expulsión de los demandantes a Uzbekistán hasta que el Tribunal examine el caso. Al no cumplir el Gobierno turco la medida cautelar impuesta por el TEDH debido a la ejecución de la expulsión de los demandantes, no tiene la oportunidad de examinar las solicitudes de estos, además de privar a los demandantes de su derecho a interponer un recurso individual ante el TEDH. Esta inobservancia conlleva que el TEDH constata una violación del art. 34 por parte de Turquía; STEDH de 4 de febrero de 2005, *Mamatkoulov y Askarov c. Turquía*, demandas nos. 46827/99 y 46951/99, párs. 71 a 78.

⁵⁵⁰ STEDH de 6 de octubre de 2016, *Pivovarnik c. Ucrania*, demanda n. 29070/15, pár. 52; STEDH de 2 de junio de 2016, *Yunusova y Yunusov c. Azerbaiyán*, demanda n. 59620/14, pár. 112; STEDH de 1 de marzo de 2016, *Andrey Lavrov c. Rusia*, demanda n. 66252/14, pár. 34; STEDH de 23 de julio de 2015, *Patranin c. Rusia*, demanda n. 12983/14, pár. 48; STEDH de 14 de noviembre de 2013, *Kasymakhunov c. Rusia*, demanda n. 29604/12, pár. 182; STEDH de 25 de septiembre de 2012, *Rrapo c. Albania*, demanda n. 58555/10, párs. 82, 87 y 88; STEDH de 10 de marzo de 2009, *Paladi c. Moldavia*, demanda n. 39806/05, pár. 92.

⁵⁵¹ STEDH de 4 de septiembre de 2014, *Trabelsi c. Bélgica*, demanda n. 140/10, pár. 149; STEDH de 7 de julio de 2009, *Groni c. Albania*, demanda n. 25336/04, pár. 184; STEDH de 2 de marzo del 2010, *Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido*, demanda n. 61498/08, pár. 161.

un incumplimiento de la medida cautelar⁵⁵². Asimismo, considera que existe una violación del art. 34 en los supuestos en los que el EP no ejecuta las medidas cautelares indicadas, con independencia de que el riesgo que con ellas se intenta evitar se materialice o no⁵⁵³.

Las medidas cautelares en el marco de la expulsión se aplican con independencia de si el Estado de destino es o no un EP del CEDH. Como se analiza en el epígrafe 9.2.2., el TEDH no avala la presunción *iure et de iure* de que todos los EP respetan el principio de no devolución, así como las obligaciones que se derivan del art. 3 del CEDH. Tanto en *Gasayev* como en *Chamaïev y otros*, el TEDH ordena medidas cautelares por las que suspende la ejecución de la expulsión hasta analizar la admisibilidad y el fondo del asunto, respectivamente. En ambos casos, sobre los demandantes recaían sendas órdenes de expulsión a la Federación de Rusia, EP del CEDH⁵⁵⁴.

7. LA PROHIBICIÓN DE EXPULSIÓN POR MOTIVOS DE SALUD

7.1. La línea jurisprudencial establecida en *D. c. Reino Unido*

Con carácter general, la prohibición de expulsión de extranjeros a Estados en los que corran el riesgo de sufrir la vulneración del art. 3 del CEDH, se aplica en situaciones de violencia generalizada extremadamente grave (epígrafe 3.2.1.). Cuando en atención a las circunstancias personales del extranjero, puede ser víctima de la vulneración del citado art. 3 en el Estado de destino (epígrafe 3.2.2.), o en los supuestos en los que el Estado de destino no puede garantizar al sujeto una protección adecuada contra los actos contrarios al art. 3 atribuibles a actores no estatales (epígrafe 5). Además de estas situaciones, que suelen ser las que con más frecuencia se dan en la práctica, no se debe limitar la aplicación

⁵⁵² Al incumplir la medida cautelar del tribunal de Estrasburgo, Bélgica redujo de manera irreversible el nivel de protección establecido por el art. 3, máxime al haber sido expulsado a un país que no es parte del CEDH; STEDH de 4 de septiembre de 2014, *Trabelsi c. Bélgica*, demanda n. 140/10, párs. 150 y ss. En este sentido véase, STEDH 25 de abril de 2013, *Savridin Dzhurayev c. Rusia*, demanda n. 71386/10, párs. 128 y 129; STEDH de 14 de marzo de 2013, *Salakhov e Islyamova c. Ucrania*, demanda n. 28005/08, párs. 223 y 224; STEDH de 5 de febrero de 2013, *Zokhidov c. Rusia*, demanda n. 67286/10, párs. 209 a 211; STEDH de 25 de septiembre de 2012, *Rrapo c. Albania*, demanda n. 58555/10, pár. 72; STEDH de 15 de mayo de 2012, *Labsi c. Eslovaquia*, demanda n. 33809/08, párs. 150 y 151; STEDH de 2 de octubre de 2012, *Abdulkhakov c. Rusia*, demanda n. 14743/11, pár. 231; STEDH de 27 de marzo de 2012, *Mannai c. Italia*, demanda n. 9961/10, pár. 57; STEDH de 22 de noviembre de 2011, *Makharadze y Sikharulidze c. Georgia*, demanda n. 35254/07, pár. 104; STEDH de 2 de marzo del 2010, *Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido*, demanda n. 61498/08, pár. 166; STEDH de 23 de febrero de 2009, *Ben Khemais c. Italia*, demanda n. 246/07, párs. 70 y 71; STEDH de 17 de enero de 2006, *Aoulmi c. Francia*, demanda n. 50278/99, pár. 12; STEDH de 12 de abril de 2005, *Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*, demanda n. 36378/02, pár. 518.

⁵⁵³ STEDH de 10 de agosto de 2006, *Olaechea Cahuas c. España*, demanda n. 24668/03, pár. 81.

⁵⁵⁴ STEDH de 17 de febrero de 2009 (decisión de admisibilidad), *Gasayev c. España*, demanda n. 48514/06; STEDH de 12 de abril de 2005, *Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*, demanda n. 36378/02.

del art. 3 taxativamente a tales supuestos, ya que ello podría socavar el carácter absoluto de la protección que ofrece este precepto⁵⁵⁵.

En este sentido, el TEDH ha desarrollado una jurisprudencia que protege al extranjero contra la expulsión también cuando el riesgo de vulneración del art. 3 está causado por un déficit sanitario en el Estado de destino. El primer *leading case* a este respecto es *D. c. Reino Unido*: el demandante, afectado de VIH y SIDA con anterioridad a su llegada a Reino Unido, alega que su expulsión a Saint Kitts supone una violación del art. 3 del CEDH por la retirada del tratamiento que se le estaba administrando en el país europeo, sumado a las condiciones de vida en el Estado de destino. Habida cuenta de las circunstancias excepcionales del caso, debido en especial a la etapa crítica en que se encontraba la enfermedad mortal del demandante, su expulsión a Saint Kitts equivale un a trato inhumano atribuible a las autoridades británicas⁵⁵⁶.

El TEDH, con carácter general, hace hincapié en que los extranjeros objeto de expulsión no pueden, en principio, reclamar el derecho a permanecer en el territorio de un EP para seguir beneficiándose de asistencia médica, social o de otro tipo. Sólo en circunstancias muy excepcionales, como las que se dan en *D. c. Reino Unido*, se reconoce la vulneración del art. 3 en caso de expulsión⁵⁵⁷.

A la hora de decidir si a la luz de las circunstancias concretas del caso, se debe prohibir la expulsión conforme al art. 3 del CEDH por motivos de salud, se debe llevar a cabo un riguroso examen que evalúe, en especial, la situación personal del demandante en el EP expulsor. El umbral de gravedad exigible por el TEDH para afirmar la vulneración del art. 3 si se produce la expulsión se puede calificar de muy alto. Por lo general, en circunstancias en las que el Estado de destino no es responsable directo de las

⁵⁵⁵ STEDH de 2 de mayo de 1997, *D. c. Reino Unido*, demanda n. 30240/96, párr. 49; STEDH de 25 de noviembre de 2004 (decisión de admisibilidad), *Amegnigan c. Países Bajos*, demanda n. 25629/09.

⁵⁵⁶ STEDH de 2 de mayo de 1997, *D. c. Reino Unido*, demanda n. 30240/96, párr. 53. En el momento de determinar si existe riesgo real de que la expulsión del demandante sea contraria al art. 3, el TEDH debe tener en consideración el riesgo de la expulsión a la luz de los elementos que conociera en el momento de examinar la demanda, incluida la información más reciente sobre su estado de salud; STEDH de 25 de noviembre de 2004 (decisión de admisibilidad), *Amegnigan c. Países Bajos*, demanda n. 25629/09; STEDH de 24 de junio de 2003 (decisión de admisibilidad), *Arcila Henao c. Países Bajos*, demanda n. 13669/06; STEDH de 22 de junio de 2004 (decisión de admisibilidad), *Ndangoya c. Suecia*, demanda n. 17868/03; STEDH de 15 de febrero de 2000 (decisión de admisibilidad), *S.C.C. c. Suecia*, demanda n. 46553/99.

⁵⁵⁷ El Tribunal observa que el Estado demandado asume la responsabilidad de tratar el estado de salud del demandante desde tres años antes del pronunciamiento. El demandante, por tanto, se volvió dependiente de la atención médica y paliativa que estaba recibiendo, además de haberse preparado para morir en un entorno que le resulta más familiar. Aunque el TEDH no llega a afirmar que las condiciones que se le deparan en el Estado de destino suponen, en sí mismas, un trato contrario al art. 3, su expulsión le expone a un riesgo real de morir en circunstancias sumamente angustiosas y, por tanto, equivalentes a un trato inhumano; STEDH de 2 de mayo de 1997, *D. c. Reino Unido*, demanda n. 30240/96, párr. 53.

torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes que un extranjero puede sufrir en su territorio, no se suele apreciar un riesgo real de vulneración del art. 3 en caso de expulsión⁵⁵⁸.

En *Amegnigan c. Países Bajos*, el demandante alega que, debido a la enfermedad que padece, su expulsión a Togo lo expone a un riesgo real de sufrir tratos inhumanos o degradantes. Sin embargo, como ya se ha aclarado, la protección contra la expulsión que garantiza el art. 3 por motivos de salud se limita a supuestos excepcionales. Por tanto, no basta alegar una enfermedad para que no se ejecute la expulsión. Para el Tribunal no se dan unas circunstancias excepcionales como las que acontecen en *D. c. Reino Unido*, por lo que considera que la expulsión del demandante no vulnera el art. 3 del CEDH⁵⁵⁹.

En *Aswat c. Reino Unido*, el demandante alega que su expulsión a los EEUU, donde con gran probabilidad se vería condenado a penas de hasta 35 años de prisión, vulnera el art. 3 del CEDH debido al trastorno mental que padece. El TEDH sostiene que la expulsión vulnera el art. 3, si bien, pone de manifiesto que su decisión no se basa en la duración de su condena, sino en la gravedad de la enfermedad del demandante⁵⁶⁰. En concreto, la severidad del trastorno que padece, unido al hecho de que se encuentra en un entorno penitenciario diferente y potencialmente más hostil, causaría en el demandante un deterioro que alcanza el umbral de gravedad que se exige de conformidad con el art. 3 del CEDH⁵⁶¹. Por tanto, con independencia de la severidad del menoscabo de la salud del extranjero, las circunstancias que rodean su situación, una vez sea expulsado al Estado de destino, son objeto de valoración por parte del TEDH.

⁵⁵⁸ STEDH de 6 de febrero de 2001, *Bensaid c. Reino Unido*, demanda n. 44599/98, párr. 40. En este sentido, STEDH de 24 de junio de 2003 (decisión de admisibilidad), *Arcila Henao c. Países Bajos*, demanda n. 13669/03.

⁵⁵⁹ El TEDH se basa en la última información médica del demandante, la cual advierte de que, aunque su sistema inmunitario estaba debilitado, el estado clínico es estable. A pesar de que se indica que si se detuviera el tratamiento que hasta el momento seguía el extranjero existiría una amenaza directa a su vida, el TEDH observa que dicho tratamiento se encontraba disponible en el Togo donde, además, el demandante tenía familia que pudiera asistirle; STEDH de 25 de noviembre de 2004 (decisión de admisibilidad), *Amegnigan c. Países Bajos*, demanda n. 25629/09, p. 9.

⁵⁶⁰ En principio, las cuestiones relativas a la adecuación de las condenas impuestas al extranjero en el Estado de destino no están comprendidas en el ámbito de aplicación del CEDH. Empero, una condena gravemente desproporcionada sí que podría constituir un trato contrario al art. 3. Si bien, el criterio de la “desproporcionalidad manifiesta” es interpretado de forma restrictiva, de manera que solo será de aplicación en ocasiones “raras y únicas”; STEDH de 10 de abril de 2012, *Babar Ahmad y otros c. Reino Unido*, demandas nos. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 y 67354/09, párrs. 235 a 237; STEDH de 17 de enero de 2012, *Harkins y Edwards c. Reino Unido*, demandas n. 9146/07 y n. 32650/07, párr. 133.

⁵⁶¹ STEDH de 16 de abril de 2012, *Aswat c. Reino Unido*, demanda n. 17299/12, párr. 57.

Las demandas *D. c. Reino Unido y Aswat c. Reino Unido* son excepcionales⁵⁶². Hasta 2016 en la jurisprudencia del TEDH se pone de relieve que, aunque la expulsión de un extranjero degrade su situación personal y su esperanza de vida se reduzca, estos no son motivos suficientes para considerar que su expulsión constituye una vulneración del art. 3 del CEDH. El TEDH únicamente aplica la protección que confiere el art. 3 en los casos de enfermedad física o mental muy excepcionales y que supongan imperiosas consideraciones humanitarias, que pueden dar lugar a la prohibición de expulsión en este contexto. Los parámetros interpretativos desarrollados en *D. c. Reino Unido* –la existencia de una enfermedad terminal y la falta de disponibilidad de tratamiento en el Estado receptor–, son los criterios que generalmente se aplican a estos supuestos⁵⁶³.

En esta dirección, las diferencias socio-económicas y el avance de la medicina, denotan la disparidad en los tratamientos médicos existentes entre EM del COE y otros Estados. El TEDH es consciente de estas diversidades y de la importancia que supone en las sociedades democráticas la salvaguarda del art. 3 del CEDH. Sin embargo, la aplicación de cierta flexibilidad para garantizar la protección de los DDHH del extranjero en este contexto, no puede imponer al EP la obligación de paliar las desigualdades socio-económicas que existen entre los EP y entre estos y terceros Estados; obligándoles a proporcionar asistencia sanitaria gratuita e ilimitada. Mantener lo contrario, según el tribunal de Estrasburgo, supondría imponer una carga demasiado grande para los EP⁵⁶⁴.

⁵⁶² El TEDH aplica la jurisprudencia de *D. c. Reino Unido* para declarar inadmisibles, por ser manifiestamente infundadas, numerosas solicitudes que plantean cuestiones de esta naturaleza en relación con extranjeros seropositivos; STEDH de 10 de mayo de 2012 (decisión de admisibilidad), *E.O. c. Italia*, demanda n. 34724/10; o de otras enfermedades físicas graves; STEDH de 25 de noviembre de 2014 (decisión de admisibilidad), *V.S. y otros c. Francia*, demanda n. 35226/11; o enfermedades mentales; STEDH de 30 de abril de 2013 (decisión de admisibilidad), *Kochieva y otros c. Suecia*, demanda n. 75203/12; STEDH de 7 de abril de 2015 (decisión de admisibilidad), *Khachatryan c. Bélgica*, demanda n. 72597/10. Asimismo, varias sentencias aplican esta jurisprudencia para expulsar a personas gravemente enfermas pero cuya situación está controlada como consecuencia de la administración de medicamentos en el Estado contratante, además de estar en condiciones para viajar al Estado de destino; STEDH de 27 de noviembre de 2009, *Tătar c. Rumania*, demanda n. 67021/01; STEDH de 20 de diciembre de 2011, *Yoh-Ekale Mwanje c. Bélgica*, demanda n. 10486/10; STEDH de 29 de enero de 2013, *S.H.H. c. Reino Unido*, demanda n. 60367/10; STEDH de 30 de junio de 2015, *A.S. c. Suíza*, demanda n. 39350/13.

⁵⁶³ STEDH de 26 de febrero de 2015, *M.T. c. Suecia*, demanda n. 1412/12, párr. 47; STEDH de 27 de mayo de 2008, *N. c. Reino Unido*, demanda n. 26565/05, párr. 42 y 43.

⁵⁶⁴ STEDH de 27 de mayo de 2008, *N. c. Reino Unido*, demanda n. 26565/05, párr. 44. En este asunto, el TEDH no considera que la expulsión de la demandante a Uganda por parte de Reino Unido conlleva una violación del CEDH debido a que, pese su enfermedad, su estado de salud no es crítico; el tratamiento recibido durante nueve años en Reino Unido está disponible en Uganda, aunque a un alto coste; y, además tiene familia en el Estado receptor que puede ocuparse de ella. Sobre la ausencia de circunstancias excepcionales en este sentido véase, entre otras, STEDH de 29 de enero de 2013, *S.H.H. c. Reino Unido*, demanda n. 60367/10, párr. 95; STEDH de 15 de mayo de 2012, *Nacic y otros c. Suecia*, demanda n. 16567/10; STEDH de 10 de abril de 2012, *Balogun c. Reino Unido*, demanda n. 60286/09; STEDH de 17 de enero de 2006, *Aoulmi c. Francia*, demanda n. 50278/99, párr. 67. En este sentido, la jurisprudencia del TEDH es menos garante que la establecido por la CIDH. Este órgano interpreta que expulsar a un enfermo

Algunos jueces del TEDH y parte de la doctrina han criticado el alto umbral impuesto por el TEDH en *D. c. Reino Unido*⁵⁶⁵. Se considera incoherente el elevado nivel de gravedad exigido por el TEDH a la enfermedad del sujeto para impedir su expulsión, de conformidad con la letra y el espíritu del art. 3 del CEDH, así como con la propia jurisprudencia del TEDH en la que se reitera el carácter absoluto de esta disposición, con independencia de los intereses nacionales en juego⁵⁶⁶. Resulta un tanto contradictorio que se establezca que la reducción significativa de la esperanza de vida como consecuencia de la expulsión del extranjero, no es en sí suficiente para constituir una violación del art. 3.

Este grupo de jueces disidentes ha criticado que el TEDH no deja claro los criterios legales que determinan si un enfermo puede o no ser expulsado desde el punto de vista de la gravedad de su enfermedad. La especulación sobre la posibilidad de acceder al tratamiento en el Estado de destino y la hipotética ayuda familiar por el hecho de tener parientes en ese Estado, argumentos tenidos en cuenta por el TEDH en su jurisprudencia, han sido definidos como argumentos *ad ignorantiam*⁵⁶⁷. Para el juez disidente Pinto de Albuquerque, tales razonamientos basados en especulaciones son contrarios a un principio fundamental del razonamiento jurídico: no se debe emitir una decisión sin que

a un Estado en el que los servicios sanitarios son insuficientes para la enfermedad que sufre el demandante constituye una sentencia *de facto* a un sufrimiento prolongado y a una muerte prematura; CIDH, *Andrea Mortlock c. EEUU*, 25 de julio de 2008. (Admisibilidad y Fondo) Informe n. 63/08, caso 12.534, párr. 94.

⁵⁶⁵ STEDH de 20 de diciembre de 2011, *Yoh-Ekale Mwanje c. Bélgica*, demanda n. 10486/10, opinión parcialmente compartida de los jueces Tulkens, Jočienė, Popović, Karakaş, Raimondi y Pinto de Albuquerque; STEDH de 27 de mayo de 2008, *N. c. Reino Unido*, demanda n. 26565/05, disidente conjunta de los jueces Tulkens, Bonello y Spuelmann; STEDH de 19 de marzo de 2015, *S.J. c. Bélgica*, demanda n. 70055/10, opinión disidente del juez Pinto de Albuquerque. En la doctrina véase, KLAUSSER, N., “Rejet expéditif par la CEDH de la requête d’un étranger malade en voie d’expulsion: Une Convention à deux vitesses?”, *La Revue des droits de l’homme*, febrero de 2016. Disponible en: <http://revdh.revues.org/1788>; KLAUSSER, N. y MARGUENAUD, J.-P., “L’eloignement des étrangers malades du sida: la Cour européenne des droits de l’homme sur ‘les sentiers de la gloire’”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, n. 2014/100, 977-989; CUQ. E., “S J. v Belgium and the inexplicably high threshold of article 3 engaged in deportations of terminally-ill applicants”, *Cyprus Human Rights Law Review*, vol. 3, n. 1, 2014, 82-89.

⁵⁶⁶ En *N. c. Reino Unido*, la demandante muere en Uganda poco después de su expulsión debido a que el tratamiento que necesita, aunque disponible en este Estado, no es accesible para ella por su alto coste. El TEDH ampara la decisión de expulsión bajo el argumento de que la decisión de expulsar a un extranjero con una enfermedad física o mental a un país donde los medios de tratamiento de esta enfermedad son más bajos que los disponibles en los EP puede plantear una cuestión en el art. 3, pero solo en casos muy excepcionales, cuando los motivos humanitarios contra la expulsión son muy evidentes y convincentes; STEDH de 27 de mayo de 2008, *N. c. Reino Unido*, demanda n. 26565/05, párr. 42. Según algunas de las opiniones disidentes, la diferencia entre una persona que está en su lecho de muerte y otra que va a ser expulsada, a sabiendas de que está condenada a corto plazo, parece pequeña en términos de humanidad; STEDH de 20 de diciembre de 2011, *Yoh-Ekale Mwanje c. Bélgica*, demanda n. 10486/10, opinión parcialmente compartida de los jueces Tulkens, Jočienė, Popović, Karakaş, Raimondi y Pinto de Albuquerque, párr. 6.

⁵⁶⁷ STEDH de 19 de marzo de 2015, *S.J. c. Bélgica*, demanda n. 70055/10, voto disidente del juez Pinto de Albuquerque, párr. 8.

toda la información esté completa. En la citada demanda *Aswat*, el estado de salud mental del demandante no le impide viajar a los EEUU, y la decisión de no expulsarlo se basa en la presunción del “posible” empeoramiento del demandante⁵⁶⁸, lo que se puede considerar que contradice la jurisprudencia del TEDH establecida en *D. c. Reino Unido*. En este último, se decide que una de las circunstancias a considerar consiste en que el extranjero se encuentre en una fase crítica de su enfermedad, lo que no sucede en *Aswat*, en el que, no obstante, el Tribunal concluye que la expulsión del demandante contraviene el CEDH.

El TEDH es consciente de que la salvaguarda de los derechos civiles y políticos del CEDH tiene implicaciones de carácter social y económico⁵⁶⁹. El alto umbral impuesto para concluir la violación del art. 3 del CEDH en este sentido intenta minimizar las consecuencias socioeconómicas que para los EP puede conllevar la protección de estos derechos⁵⁷⁰. Una jurisprudencia más garante en los supuestos en los que se discute la prohibición de expulsión por motivos de salud, abriría la veda a una exponencial llegada de nacionales de terceros Estados en busca de una sanidad de calidad. Sin embargo, con esta jurisprudencia se puede poner en entredicho, en alguna medida, el carácter absoluto del art. 3, en beneficio de los intereses político-económicos de los EP.

Hasta fechas muy recientes, la línea jurisprudencial seguida por el TJUE en estos supuestos es muy similar a la del TEDH. En concreto, el TJUE sostiene que:

“en los casos muy excepcionales en los que la devolución de un nacional de un tercer país aquejado de una grave enfermedad a un país en el que no existan los tratamientos adecuados vulnerase el principio de no devolución, los Estados miembros no podrán, por tanto, conforme al artículo 5 de la Directiva 2008/115, puesto en relación con el artículo 19, apartado 2, de la Carta, llevar a cabo esa devolución”⁵⁷¹.

⁵⁶⁸ STEDH de 16 de abril de 2012, *Aswat c. Reino Unido*, demanda n. 17299/12, párr. 52.

⁵⁶⁹ STEDH de 9 de octubre de 1979, *Airey c. Irlanda*, demanda n. 6289/73, párr. 26.

⁵⁷⁰ Como mantiene en su opinión disidente el juez Pinto de Albuquerque: “this is a typical *argumentum ad consequentiam*, which considers that the disadvantages of a course of action based on a certain legal solution outweigh its advantages”; STEDH de 19 de marzo de 2015, *S.J. c. Bélgica*, demanda n. 70055/10, voto disidente del juez Pinto de Albuquerque, párr. 7. Otro juez disidente opina que si el CEDH y la naturaleza de los derechos en ella garantizados se ven condicionados a consideraciones políticas, como pueden ser las restricciones presupuestarias, los derechos reconocidos por el CEDH se verían anulados; STEDH de 27 de mayo de 2008, *N. c. Reino Unido*, demanda n. 26565/05, disidente conjunta de los jueces Tulkens, Bonello y Spuermann, párr. 8.

⁵⁷¹ STJUE de 18 de diciembre de 2014, *Abdida*, asunto C-562/13, apdo. 48. En los comentarios de la UE al Proyecto de la CDI, sostiene que en el artículo relativo a las personas vulnerables (art. 15) debería establecerse, expresamente, que en todas las medidas debe tenerse en cuenta el estado de salud de los extranjeros que son objeto de expulsión; AGNU, Sexta Comisión, “Tema 79 del programa: informe de la CDI sobre la labor realizada en sus periodos de sesiones 63º y 64º”, A/C.6/67/SR.18, 4 de diciembre de 2012, párr. 60.

El TJUE también defiende que se trata de supuestos excepcionales⁵⁷², que no conllevan, *per se*, la concesión de la protección subsidiaria, gracias a la cual un extranjero puede residir en el territorio de un EM, de acuerdo con lo establecido en la Directiva 2011/95/UE. Como ya se señalado en el Capítulo I.4.1., los daños que define el art. 15, letra b) de la citada norma, no abarcan las situaciones que puede enfrentar un nacional de un tercer país, aquejado de una enfermedad grave, al ser expulsado a su Estado de origen en el que no existen los tratamientos adecuados para paliar la enfermedad. Estos supuestos sólo se podrían amparar en art. 15, letra b) en el caso de que el Estado de origen denegara intencionadamente al solicitante esa asistencia médica (Capítulo I.4.1.)⁵⁷³.

En *M'Boj* el tribunal de Luxemburgo mantiene que no constituyen un daño grave, a los efectos de la Directiva de Reconocimiento, los casos de insuficiencias generales del sistema de atención sanitaria en el Estado de destino, a menos que conlleven una denegación intencionada de asistencia médica⁵⁷⁴. Por tanto, se deja margen de apreciación a los EM para poder conceder o no la protección subsidiaria a los nacionales de terceros Estados aquejados de una grave enfermedad⁵⁷⁵. Además, el EM podría autorizar al nacional del tercer Estado a permanecer en su territorio por motivos humanitarios y sobre una base discrecional que, en ningún caso, se corresponde con la protección brindada por la Directiva de Reconocimiento⁵⁷⁶.

Se debe poner de manifiesto que la Sentencia *M'Boj* se adopta el mismo día en el que el Tribunal también emite su fallo en *Abdida*, donde sostiene que la efectividad del recurso interpuesto por un extranjero contra una decisión de retorno, cuya ejecución pueda exponer al interesado a un riesgo grave de deterioro serio e irreparable de su estado de salud, exige que tenga efecto suspensivo⁵⁷⁷. Además, en *Abdida* se mantiene que

⁵⁷² Según el TJUE: “esos casos muy excepcionales se caracterizan por la gravedad y la naturaleza irreparable del perjuicio derivado de la devolución de un nacional de un tercer país a un país en el que exista un riesgo grave de que sufra tratos inhumanos o degradantes”; STJUE de 18 de diciembre de 2014, *Abdida*, asunto C-562/13, apdo. 50.

⁵⁷³ STJUE de 18 de diciembre de 2014, *Mohamed M'Boj*, asunto C-542/13, apdo. 41.

⁵⁷⁴ STJUE de 18 de diciembre de 2014, *Mohamed M'Boj*, asunto C-542/13, apdo. 35.

⁵⁷⁵ A tenor del TJUE “sería contrario al sistema general y a los objetivos de la Directiva 2004/83 conceder los estatutos que prevé a nacionales de terceros países que se hallan en situaciones carentes de nexo alguno con la lógica de protección internacional”; STJUE de 18 de diciembre de 2014, *Mohamed M'Boj*, asunto C- 542/13, apdo. 44.

⁵⁷⁶ Este tipo de protección discrecional por parte del Estado no puede incardinarse dentro del ámbito de aplicación de la Directiva de reconocimiento, tal y como manifiesta el considerando quince de la misma.

⁵⁷⁷ De este modo, se podrá garantizar: “que la decisión de retorno no se ejecute antes de que una autoridad competente haya podido examinar la alegación de una infracción del artículo 5 de la Directiva 2008/115, interpretado a la luz del art. 19, apartado 2, de la Carta”; STJUE de 18 de diciembre de 2014, *Abdida*, asunto C-562/13, apdo. 50.

durante el aplazamiento de la expulsión el EM debe, en la medida de lo posible, dotar de cobertura sanitaria al tratamiento para la enfermedad del nacional del tercer Estado.

La distinta postura que sostiene el TJUE en estos dos casos denota un desequilibrado umbral de protección; parece que ofrece garantías procesales satisfactorias, al tiempo que priva de las garantías materiales básicas. No obstante, se puede considerar que el TJUE sigue la jurisprudencia del TEDH que, como se ha demostrado en *D. c. Reino Unido*, también exige que la enfermedad del demandante sea de extrema gravedad para prohibir su expulsión de acuerdo con el art. 3 del CEDH. Al mismo tiempo que, de conformidad con esta disposición y los derechos que protege, concede amplias garantías procesales al dotar de efecto suspensivo al recurso interpuesto por el extranjero que alega que su expulsión vulnera lo establecido en el art. 3 del CEDH (Capítulo VII.5.2.3.1.)⁵⁷⁸.

En suma, hasta 2016 los umbrales establecidos en la jurisprudencia del TEDH y del TJUE para proteger al extranjero contra la expulsión en supuestos en los que su salud se ve gravemente afectada son, en el caso del TEDH, que exista un grave y casi extremo peligro para el sujeto, unido a unas graves deficiencias en el sistema sanitario del Estado de origen, y para el TJUE que la falta de asistencia a la enfermedad del extranjero en el Estado de destino sea deliberada.

7.2. La línea jurisprudencial establecida en *Paposhvili c. Bélgica*

El TEDH modifica su jurisprudencia con *Paposhvili c. Bélgica*⁵⁷⁹. Pese a que el demandante muere meses antes del fallo, el tribunal de Estrasburgo considera que existen importantes cuestiones en juego en este asunto, particularmente en relación con la expulsión de extranjeros gravemente enfermos. Además, el Tribunal reitera que su jurisprudencia no solo sirve para resolver los asuntos que se le plantean sino, en un sentido

⁵⁷⁸ El TEDH manifiesta que la noción “vía de recurso efectiva” en el sentido del art. 13 en relación con el art. 3 exige, en primer lugar, un examen independiente y riguroso de toda queja presentada por un individuo en una situación en la que existen motivos sustanciales para creer que este individuo corre un riesgo auténtico de ser sometido a tratos contrarios al art. 3 y, en segundo lugar, una posibilidad de interrumpir la ejecución de la medida impugnada; véase, entre otros, STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda n. 27765/09, párs. 198; STEDH de 12 de abril de 2005, *Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*, demanda n. 36378/02, pár. 460; STEDH de 11 de julio del 2000, *Jabari c. Turquía*, demanda n. 40035/98, pár. 50. Por ejemplo, en *De Souza Ribeiro c. Francia*, el TEDH considera que la premura en la ejecución de una orden de expulsión no puede hacer que los recursos disponibles sean ineficaces en la práctica y, por tanto, inaccesibles; STEDH de 13 de diciembre de 2012, *De Souza Ribeiro c. Francia*, demanda n. 22689/07, pár. 95.

⁵⁷⁹ STEDH de 13 de diciembre de 2016, *Paposhvili c. Bélgica*, demanda n. 41738/10.

más amplio, para aclarar, salvaguardar y desarrollar los derechos contemplados por el CEDH, contribuyendo así al cumplimiento de los compromisos asumidos por los EP⁵⁸⁰.

En concreto, el TEDH en *Paposhvili* da contenido a la ambigua noción de “casos muy excepcionales”, establecida en *D. c. Reino Unido*, entendiendo por tal la situación de una persona gravemente enferma y sobre la que se demuestran razones sustanciales para creer que, aunque no esté en riesgo inminente de morir, correría un riesgo real debido a la ausencia de un tratamiento adecuado en el Estado de destino o a causa de la falta de acceso al mismo. Dicha noción, también abarca los supuestos en los que la expulsión expone a la persona a una disminución grave, rápida e irreversible de su estado de salud, lo que conlleva un sufrimiento intenso que se materializa en una reducción de su esperanza de vida⁵⁸¹.

Es el demandante el encargado de aportar pruebas suficientes que demuestren que existen razones de peso para creer que, en el caso de ser expulsado, se vería expuesto a un riesgo real de sufrir un tratamiento contrario al art. 3 del CEDH. El Estado en cuestión está obligado a despejar toda duda que pueda surgir a partir de las pruebas aportadas por el demandante⁵⁸², de conformidad con los criterios de valoración del riesgo establecidos por el TEDH (epígrafe 2.1.). Si una vez examinada la información, persisten las dudas sobre el impacto de la expulsión en la persona afectada, el Estado debe obtener garantías individuales y suficientes del Estado receptor, con anterioridad a la expulsión, de que el demandante va a disponer de un tratamiento adecuado y accesible con el fin de no exponerlo a un trato contrario al art. 3 del CEDH⁵⁸³. La obtención de tales garantías es necesaria con independencia de que el Estado de destino sea o no un EM del COE. Si bien, no se hace referencia al tipo de autoridades que deben realizar la evaluación médica en caso de expulsión, dejando con ello un amplio margen de actuación a los Estados⁵⁸⁴.

En *Paposhvili c. Bélgica*, la falta de la evaluación por parte del Estado belga sobre el riesgo al que se enfrenta el demandante, a la luz de la información sobre su estado de salud y la inexistencia de un tratamiento adecuado en Georgia, son los motivos por los

⁵⁸⁰ STEDH de 13 de diciembre de 2016, *Paposhvili c. Bélgica*, demanda n. 41738/10, párs. 130 y 131.

⁵⁸¹ STEDH de 13 de diciembre de 2016, *Paposhvili c. Bélgica*, demanda n. 41738/10, pár. 183.

⁵⁸² STEDH de 13 de diciembre de 2016, *Paposhvili c. Bélgica*, demanda n. 41738/10, párs. 186 y 187.

⁵⁸³ STEDH de 13 de diciembre de 2016, *Paposhvili c. Bélgica*, demanda n. 41738/10, pár. 191. En este sentido, STEDH de 4 de noviembre de 2014, *Tarakhel c. Suíza*, demanda n. 29217/12, párs. 120.

⁵⁸⁴ En este sentido, como apunta algún autor, este tema no plantea dificultades para países como Bélgica o Francia, quienes cuentan con un procedimiento para este fin. Por contraparte, si puede presentarse en Estados en los que tal procedimiento *ad hoc* no existe; KLAUSSER, N., “Malades étrangers: la CEDH se réconcilie (presque) avec elle-même et l’Humanité”, *La Revue des droits de l’homme*, 2 de febrero de 2017. Disponible en: <http://revdh.revues.org/2965>

que el TEDH determina que si las autoridades belgas llevan a cabo la expulsión se vulneraría el art. 3 del CEDH⁵⁸⁵. Este es, por tanto, el tercer caso planteado ante el TEDH en el cual se determina que por un motivo de salud, la expulsión de un extranjero supone una violación del art. 3⁵⁸⁶.

El TEDH dota de contenido práctico y efectivo a la noción “otras consideraciones importantes”, y colma con ello en buena medida las lagunas interpretativas que emergieron a la superficie con *D. c. Reino Unido* y no paliadas en casos posteriores. El umbral de gravedad establecido para ofrecer protección contra la expulsión ya no es tan elevado como en *D. c. Reino Unido*, puesto que amplía el alcance del riesgo de violación del art. 3 del CEDH a los supuestos de reducción significativa de la esperanza de vida o de sufrimiento intenso. Por tanto, el art. 3 puede ser de aplicación a situaciones relacionadas, por ejemplo, con determinadas condiciones de detención en el Estado de destino que pueden exacerbar una enfermedad mental.

Hasta *Paposhvili* el TEDH se había centrado en valorar si el nivel de gravedad de la enfermedad del extranjero era lo suficientemente alto como para suspender la expulsión. Por lo que la cuestión del acceso a un tratamiento médico adecuado en el Estado de destino, quedaba relegada a un segundo plano. Con este nuevo pronunciamiento el Tribunal tiene en consideración desde un primer momento si la atención disponible en el Estado de destino es adecuada y suficiente para el tratamiento de la enfermedad del demandante⁵⁸⁷.

Con *Paposhvili* la jurisprudencia del TEDH acerca de la prohibición de expulsión de un extranjero por motivos de salud, ofrece una mayor protección al extranjero al aminorar los criterios exigidos y, en concreto el grado de enfermedad del extranjero, para sostener una vulneración del CEDH. Se permite a los EP que hagan uso de su margen de apreciación nacional a la hora de evaluar la “reducción significativa de la esperanza de vida” y el “sufrimiento intenso” del sujeto. Si bien, los Estados deben ser especialmente rigurosos a la hora de examinar en estas situaciones la existencia de un riesgo real de sufrir la vulneración al art. 3 del CEDH de llevarse a cabo la expulsión⁵⁸⁸. Esta

⁵⁸⁵ STEDH de 13 de diciembre de 2016, *Paposhvili c. Bélgica*, demanda n. 41738/10, párs. 205 y 2016.

⁵⁸⁶ Pese a que la Gran Sala determina que la expulsión constituiría una violación del CEDH, anteriormente, la sala de la sección quinta del TEDH determina la inexistencia de ningún tipo de violación. No obstante, los jueces de la Gran Sala estimaron que la aplicación estricta del criterio establecido en *N. c. Reino Unido* da lugar a una laguna en la protección contra los tratos inhumanos; véase a este respecto la opinión concurrente del juez Lemmes al asunto *Paposhvili c. Bélgica*, párs. 2 y 3.

⁵⁸⁷ STEDH de 13 de diciembre de 2016, *Paposhvili c. Bélgica*, demanda n. 41738/10, pár. 189.

⁵⁸⁸ STEDH de 21 de julio de 2015, *H.S. y otros c. Chipre*, demanda n. 41753/10, pár. 271; STEDH de 4 de noviembre de 2014, *Tarakhel c. Suiza*, demanda n. 29217/12, párs. 104; STEDH de 13 de diciembre de

jurisprudencia no compele a los EP a realizar acciones tendentes a superar las diferencias entre los sistemas de atención sanitaria de los EP y entre estos y terceros Estados, ni, con carácter general, da derecho a los nacionales de terceros Estados en situación administrativa irregular a recibir una atención médica gratuita e ilimitada⁵⁸⁹.

A la luz de los criterios interpretativos aplicados en *Paposhvili*, con carácter general se confirma que respecto a la evaluación prospectiva del riesgo a largo plazo, la especulación es inherente y aceptable en todas las investigaciones relativas a la posible vulneración del art. 3 del CEDH⁵⁹⁰. Asimismo, se deben tener en cuenta las pruebas que podrían satisfacer a un tribunal interno para determinar el riesgo de vulneración del art. 3 en caso de expulsión⁵⁹¹.

Esta nueva línea jurisprudencial del TEDH ha propiciado un fluido diálogo judicial con el TJUE. Concretamente, en el marco de aplicación del sistema Dublín (epígrafe 9.2.2.), el TJUE mantiene que el traslado de un solicitante de protección internacional al EM encargado de tramitar su solicitud solo puede llevarse a cabo en condiciones que sean conformes con el art. 4 de la CDFUE – prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes–. Por tanto, cuando el solicitante sufra una enfermedad mental o física grave, y su traslado implique un peligro real y cierto de deterioro físico o psíquico, el traslado del solicitante al EM competente de tramitar su solicitud constituye un trato contrario al art. 4 de la CDFUE⁵⁹².

En esta dirección, el TJUE ha reinterpretado la cláusula de discrecionalidad contenida en el art. 17.1 del Reglamento Dublín III⁵⁹³. Si el EM expulsor constata que el

2012, *El-Masri c. La ex República Yugoslava de Macedonia*, demanda n. 39630/09, pár. 123; STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda n. 27765/09, párs. 116; STEDH de 28 de junio de 2011, *Sufi y Elmi c. Reino Unido*, demanda nos. 8319/07 y 11449/07, pár. 214; STEDH de 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia*, demanda n. 37201/06, pár. 128. El examen que evalúe la existencia de riesgo de tratos contrarios al art. 3 en el Estado de destino debe centrarse en las consecuencias previsible que la expulsión supondría, a la luz de la situación general en el Estado de destino y las circunstancias personales del solicitante.

⁵⁸⁹ STEDH de 13 de diciembre de 2016, *Paposhvili c. Bélgica*, demanda n. 41738/10, pár. 192.

⁵⁹⁰ STEDH de 13 de diciembre de 2016, *Paposhvili c. Bélgica*, demanda n. 41738/10, pár. 189; STEDH de 4 de septiembre de 2014, *Trabelsi c. Bélgica*, demanda n. 140/10, pár. 151.

⁵⁹¹ STEDH de 13 de diciembre de 2016, *Paposhvili c. Bélgica*, demanda n. 41738/10, párs. 188 a 191. En la doctrina, ANDERSON, A., “Comment on Paposhvili v Belgium and the Temporal Scope of Risk Assessment”, *EJIL: Talk*, 21 de febrero de 2017. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/comment-on-paposhvili-v-belgium-and-the-temporal-scope-of-risk-assessment/>

⁵⁹² STJUE de 16 de febrero de 2017, *C.K. y otros*, asunto C-578/16 PPU, apdo. 96. Por tanto, las autoridades del EM encargado de proceder al traslado son quienes deben disipar todas las dudas acerca de las repercusiones negativas que ese traslado supondría para el solicitante, así como tomar todas las precauciones necesarias para evitar posibles perjuicios en el estado de salud de la persona. En el caso de que estas precauciones no sean suficientes, el EM encargado del traslado deberá suspender dicho reenvío.

⁵⁹³ De acuerdo con este precepto: “[...] cualquier Estado miembro podrá decidir examinar una solicitud de protección internacional que le sea presentada por un nacional de un tercer país o un apátrida, aun cuando

traslado no se va a poder efectuar a corto plazo, y una suspensión a largo plazo podría socavar el estado de salud del extranjero, dicho Estado podría acudir a la denominada cláusula de discrecionalidad y encargarse de tramitar la solicitud de protección internacional⁵⁹⁴.

Recientemente, como se ha estudiado en el Capítulo I.4.2., en *MP* el TJUE va más allá en su jurisprudencia al mantener que:

“tiene derecho al estatuto de protección subsidiaria el nacional de un tercer país que ha sido torturado en el pasado por las autoridades de su país de origen y que ya no está expuesto al riesgo de tortura en caso de devolución a dicho país pero cuyo estado de salud física y psicológica podría, en tal caso, deteriorarse profundamente, con el grave riesgo de que ese nacional se suicidase, debido al traumatismo resultante de los actos de tortura a que fue sometido, si existe un riesgo real de privación de los cuidados adecuados para el tratamiento de las secuelas físicas o mentales de esos actos de tortura, impuesta deliberadamente al citado nacional en el referido país, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente”⁵⁹⁵.

Asimismo, el TJUE asume los conceptos “reducción significativa de la esperanza de vida y “particularmente grave” establecidos por el TEDH en *Paposhvili* y los extrapola a su jurisprudencia con las expresiones “deterioro significativo del estado de salud” y “sufrimiento intenso”, respectivamente; valiéndose de estas nociones para conceder la protección subsidiaria en un supuesto como el descrito en *MP*. Esta nueva línea jurisprudencial desarrollada por el TJUE consolida un fluido y respetuoso diálogo judicial entre el TEDH y el TJUE, órganos que recientemente han desarrollado una línea más garante con los DDHH en la interpretación del CEDH y el DUE, respectivamente, en los casos de expulsión de un extranjero en los que se ven involucradas consideraciones de índole sanitaria.

este examen no le incumba en virtud de los criterios establecidos en el presente Reglamento. El Estado miembro que decida examinar una solicitud de protección internacional con arreglo al presente apartado se convertirá en el Estado miembro responsable y asumirá las obligaciones vinculadas a esa responsabilidad [...]”.

⁵⁹⁴ STJUE de 16 de febrero de 2017, *C.K. y otros*, asunto C-578/16 PPU, apdo. 96. En este caso los demandantes alegan que su traslado y el de su hijo recién nacido a Croacia conlleva consecuencias negativas para este último y para la señora *C.K.*, quien sufre problemas psiquiátricos desde el parto y tendencias suicidas periódicas.

⁵⁹⁵ STJUE de 24 de abril de 2018, *MP*, asunto C-353/16, parte dispositiva.

8. LAS GARANTÍAS DIPLOMÁTICAS PARA EXPULSAR A UN EXTRANJERO ANTE EL RIESGO DE TORTURAS, PENAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES

8.1. Fundamento de las garantías diplomáticas

Los Estados, en ocasiones, para poder evitar incurrir en responsabilidad internacional al expulsar a un extranjero a un tercer Estado en el que corre el riesgo de sufrir tratos contrarios al art 3 del CEDH, solicitan a este tercer Estado garantías diplomáticas. Estas garantías son definidas por ACNUR como el “compromiso del país receptor de que la persona en cuestión sea tratada de acuerdo con las condiciones establecidas por el país remitente o, en términos más generales, de conformidad con sus obligaciones de derechos humanos según el derecho internacional”⁵⁹⁶. Son, por tanto, un certificado de Estado seguro para el sujeto objeto de expulsión.

Estas garantías pueden ser dadas por diversos medios que pueden incluir, a título no exhaustivo, memorandos de entendimiento, *aide-memoires*, canjes de notas verbales o diplomáticas. En algunos casos el intercambio de garantías se lleva a cabo con carácter secreto para, de este modo, preservar la información y la capacidad de interacción efectiva con los Gobiernos extranjeros⁵⁹⁷. Aunque tradicionalmente el uso de estos instrumentos bilaterales era empleado por los Estados para la expulsión de personas condenadas a la pena de muerte⁵⁹⁸, actualmente su aplicación se extiende también a todos los supuestos en los que se expulsa a un extranjero a un tercer Estado⁵⁹⁹.

⁵⁹⁶ Definición dada por ACNUR, “Nota del ACNUR sobre las garantías diplomáticas y la protección internacional de los refugiados”, 2006. En este véase, CAT, Observación general n. 1 (2017), relativa a la aplicación del art. 3 de la Convención en el contexto del art. 22. Proyecto preparado por el Comité en primera lectura el 6 de diciembre de 2016, CAT/C/60/R.2, 3 de febrero de 2017, pár. 20.

⁵⁹⁷ SÁNCHEZ LEGIDO, A., “Garantías Diplomáticas, No Devolución y Prohibición de la Tortura”, *REDI*, vol. 60, n. 1, 2008, 11-38, p. 25.

⁵⁹⁸ Art. 1 del Convenio Europeo de extradición, hecho en París el 13 de diciembre de 1957 (*BOE* n. 136, de 8 de junio de 1982).

⁵⁹⁹ Como sostiene la ACNUR: “cada vez es más frecuente que se recurra a las garantías de que la persona que va a ser expulsada no sea víctima de tortura o cualquier otra forma de maltrato en el contexto de los procedimientos de traslado, tales como la expulsión o la deportación, y también cuando los individuos son trasladados a otros países mediante disposiciones informales que no ofrecen ningún procedimiento de salvaguarda”; ACNUR, “Nota del ACNUR sobre las garantías diplomáticas y la protección internacional de los refugiados”, 2006, pár. 3. Por su parte, el CAT mantiene que se le deben de dar mayor peso a las garantías diplomáticas dadas en supuestos de extradición por delitos comunes, que a las expedidas para extraditar a sospechosos de terrorismo; CAT, comunicación n. 430/2010, *Abichou c. Alemania*, CAT/C/50/D/430/2010, 21 de mayo de 2013, párs. 6.5 y 6.6; CAT, comunicación n. 444/2010, *Abdussamatov y otros c. Kazajstán*, CAT/C/48/D/444/2010, 1 de junio de 2012; CAT, comunicación n. 281/2005, *Pelit c. Azerbaiyán*, CAT/C/38/D/281/2005, 1 de mayo de 2007, pár. 13.10.

A partir de los atentados del 11 de septiembre de 2001, el TEDH recibe un buen número de demandas relacionadas con la extradición de personas asociadas con el terrorismo, dentro del marco de la lucha global contra este fenómeno, también denominada “guerra contra el terror”⁶⁰⁰. En este contexto, los Estados del continente europeo en bastantes ocasiones han solicitado al Estado de destino garantías diplomáticas para poder expulsar a sospechosos de delitos comunes y también a personas relacionadas con el crimen organizado, sobre todo, con el terrorismo⁶⁰¹.

El TEDH ha desarrollado un corpus jurisprudencial sobre el uso de las garantías diplomáticas como condición necesaria para proceder a la expulsión de un extranjero si existe riesgo de vulneración del art. 3. Este corpus ha concretado una serie de criterios interpretativos más o menos generales que, como a continuación se comprobará, permiten definir en qué medida las garantías diplomáticas eliminan o reducen el riesgo de la vulneración del art. 3 del CEDH para el extranjero objeto de expulsión.

El TEDH “reconoce que existe en el seno de la comunidad internacional [...] una preocupación general frente a la práctica consistente en recabar garantías a fin de poder

⁶⁰⁰ FORNARI, M., “Garantías diplomáticas y lucha contra el terrorismo internacional”, *AEDI*, n. 23, 2007, 389-406, pp. 389 y 390.

⁶⁰¹ Para un estudio sobre el uso de las garantías diplomáticas por gobiernos europeos véase, Amnistía Internacional, “Acuerdos peligrosos. Europa acepta «garantías diplomáticas» contra la tortura”, 2010, p. 15 y ss., disponible en: <http://amnistiainternacional.org/publicaciones/107-acuerdos-peligrosos-europa-acepta-garantias-diplomaticas-contrala-tortura.html> Las instituciones gubernamentales y las ONGs también comenzaban a prestar cada vez mayor atención a las garantías contra la tortura y malos tratos, especialmente después de las revelaciones de las actividades antiterroristas de la CIA; véase, IZUMO, A., “Diplomatic assurances against torture and ill treatment: European Court of Human Rights jurisprudence”, *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 42, n. 1, 2010, 233-277. Para un análisis de la jurisprudencia interna relativa a las extradiciones de extranjeros sospechosos de terrorismo véase, CHIGARA, B., “On the Jurisprudential Significance of the Emergent State Practice Concerning Foreign Nationals Merely Suspected of Involvement with Terrorist Offences”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 16, n. 3, 2009, 315-340. En este contexto, la CIA desarrolla un programa a escala mundial denominado entregas extraordinarias. Según SFERRAZZA TAIBI: “La entrega extraordinaria es un hecho delictivo que comienza con la privación de libertad de una persona practica en el territorio de un Estado. Generalmente la víctima viene secuestrada, aunque también puede ocurrir que la privación de libertad sea legal ab initio. Tras la detención, la víctima es trasladada a otro Estado sin que se aplique un procedimiento legal de entrega, expulsión o extradición. Los Estados que reciben a los detenidos suelen ser tolerantes, proclives o favorables a la práctica de la tortura. El régimen de detención suele ser secreto e incomunicado. Asimismo, la víctima viene sometida a frecuentes interrogatorios que conllevan la práctica de torturas”; SFERRAZZA TAIBI, P., “Entregas extraordinarias en Europa. Un comentario a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Al Nashiri vs. Polonia y Abu Zubaydah vs. Polonia”, *Revista de Derechos Fundamentales*, Universidad Viña del Mar, n. 12, 2014, 163-199, p. 167. Para un análisis de estas prácticas y la implicación de Estados europeos en ellas véase, SANTOS VARA, J., “El desafío de las «entregas extraordinarias» a la protección internacional de los derechos humanos: la responsabilidad de los Estados europeos”, *REDI*, vol. 59, n. 1, 2007, 175- 196; RUILOBA ALVARIÑO, J., “La responsabilidad de los Estados europeos en los vuelos secretos de la CIA. Especial referencia a España”, *RDCE*, n. 24, 2006, 541-570.

expulsar a los individuos considerados como una amenaza para la seguridad nacional”⁶⁰². Sin embargo, sostiene que no le compete decidir la conveniencia de recurrir a garantías diplomáticas ni evaluar las consecuencias de su empleo a largo plazo. Su control jurisdiccional se limita a determinar si las garantías diplomáticas obtenidas en un caso concreto son suficientes para eliminar cualquier riesgo real de vulneración del art. 3 del CEDH⁶⁰³.

Esta evaluación de las garantías diplomáticas es preceptiva, principalmente por dos razones. La primera, porque las garantías diplomáticas, por sí mismas, no eliminan el riesgo de tratos contrarios al art. 3. Por tanto, es necesario que el Tribunal evalúe el grado de fiabilidad que ofrecen contra el riesgo de que se vulnere el art. 3 si se lleva a cabo la expulsión del extranjero. Para ello, es necesario definir la situación del extranjero objeto de expulsión de conformidad con el DI y el derecho nacional vigente, ya que el Estado expulsor es el responsable de la situación de esa persona⁶⁰⁴. La segunda razón es el peso dado a las garantías, el cual depende del caso concreto y del momento en el que se conceden⁶⁰⁵. Por consiguiente, las garantías ofrecidas por un mismo Estado pueden ser válidas para el TEDH para un determinado supuesto mientras que, en otro momento distinto o para otro sujeto diferente, pueden no ser garantía suficiente contra el riesgo de tratos contrarios al art. 3 en el Estado de destino. En consecuencia, las garantías diplomáticas deben ser valoradas en el contexto para el que son dadas, lo que evidencia que el enfoque que adopta el TEDH para determinar hasta qué punto su concesión

⁶⁰² STEDH de 17 de enero de 2012, *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, demanda n. 8139/09, pár. 186 y jurisprudencia citada.

⁶⁰³ STEDH de 17 de enero de 2012, *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, demanda n. 8139/09, pár. 186.

⁶⁰⁴ STEDH de 5 de mayo de 2009, *Sellem c. Italia*, demanda n. 12584/08, pár. 43; STEDH de 13 de octubre de 2008, *Soldatenko c. Ucrania*, demanda n. 2440/07, párs. 73 y 74; STEDH de 24 de marzo de 2009, *Abdelhedi c. Italia*, demanda n. 2638/07, pár. 50; STEDH de 24 de marzo de 2009, *Ben Salah c. Italia*, demanda n. 38128/06, pár. 39; STEDH de 24 de marzo de 2009, *Bouyahia c. Italia*, demanda n. 46792/06, pár. 42; STEDH de 24 de marzo de 2009, *C.B.Z. c. Italia*, demanda n. 44006/06, pár. 44; STEDH de 24 de marzo de 2009, *Soltana c. Italia*, demanda n. 37336/06, pár. 46; STEDH de 24 de marzo de 2009, *Hamraoui c. Italia*, demanda n. 16201/07, pár. 45.

⁶⁰⁵ STEDH de 27 de febrero de 2014, *Zarmayev c. Bélgica*, demanda n. 35/10, pár. 92; STEDH de 15 de mayo de 2012, *Labsi c. Eslovaquia*, demanda n. 33809/08, pár. 119; STEDH de 17 de enero de 2012, *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, demanda n. 8139/09, pár. 187; STEDH de 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia*, demanda n. 37201/06, pár. 148. Pese a que la situación general relativa a los DDHH en el Estado de destino es un factor muy importante de dar validez a las garantías diplomáticas, son muy pocos los casos en los que esta situación, *per se*, basta para que el TEDH acepte las garantías; véase, STEDH de 15 de enero de 2015, *Eshonkulov c. Rusia*, demanda n. 68900/13, pár. 39; STEDH de 4 de noviembre de 2010, *Sultanov c. Rusia*, demanda n. 15303/09, pár. 73; STEDH de 21 de octubre de 2010, *Gaforov c. Rusia*, demanda n. 25404/09, pár. 138; STEDH de 8 de julio de 2010, *Yuldashev c. Rusia*, demanda n. 1248/09, pár. 85; STEDH de 24 de abril de 2008, *Ismoilov y otros c. Rusia*, demanda n. 2947/06, pár. 127.

elimina, o al menos disminuye, el riesgo de sufrir la vulneración del art. 3 es eminentemente casuístico⁶⁰⁶.

Por primera vez el TEDH entra a valorar el grado de fiabilidad de las garantías diplomáticas dadas por el Estado de destino al Estado expulsor en *Aylor-Davis c. Francia*, en el que considera que las garantías ofrecidas por el Estado de destino eliminan el riesgo de que el demandante vaya a ser condenado a muerte y, por tanto, a recibir un trato contrario al art. 3. El hecho de que sea el fiscal del Estado la autoridad que ofrece las garantías es el elemento clave por el que se decide que el grado de fiabilidad de estas es aceptable para que Francia pueda proceder a la expulsión. En el Estado de destino, los EEUU, la condena a muerte únicamente es impuesta a solicitud expresa del fiscal del Estado que es quien ofrece la garantía de no realizar tal petición contra el demandante de ser expulsado a los EEUU⁶⁰⁷. Este mismo criterio es el seguido por el CAT, en el sentido de que para que las garantías surtan efecto, deben ser dadas por una autoridad capaz de asegurar la efectividad de las mismas⁶⁰⁸.

8.2. Los criterios de valoración de la fiabilidad de las garantías diplomáticas

Con el *leading case Othman c. Reino Unido*⁶⁰⁹, el TEDH establece, a título no exhaustivo, una serie de criterios interpretativos con los que se debe evaluar el grado de seguridad de las garantías diplomáticas, a los efectos de que, en caso de expulsión, el extranjero no sea sometido a tratos contrarios al art. 3. Se analizan estos criterios a continuación.

En primer lugar, se debe tener en cuenta si los términos de las garantías diplomáticas le son comunicados o no al propio tribunal de Estrasburgo para que este pueda determinar, de manera independiente, si dichas garantías son o no satisfactorias⁶¹⁰. Por tanto, un EP

⁶⁰⁶ STEDH de 15 de octubre de 2015, *Nabid Abdullayev c. Rusia*, demanda n. 42351/13, pár. 66; STEDH de 23 de octubre de 2014, *Mamazhonov c. Rusia*, demanda n. 17239/13, pár. 134; STEDH de 27 de febrero de 2014, *Zarmayev c. Bélgica*, demanda n. 35/10, pár. 92; STEDH de 15 de mayo de 2012, *Labsi c. Eslovaquia*, demanda n. 33809/08, pár. 119; STEDH de 23 de febrero de 2009, *Ben Khemais c. Italia*, demanda n. 246/07, pár. 57.

⁶⁰⁷ STEDH de 20 de enero de 1994, *Aylor-Davis c. Francia*, demanda n. 22903/93.

⁶⁰⁸ En *Attia c. Suecia*, el CAT determina que, el hecho de que las garantías sean dadas por un alto representante del Gobierno egipcio, asegura la efectividad de las mismas; CAT, comunicación n.199/2002, *Attia c. Suecia*, CAT/C/31/D/199/2002, 17 de noviembre de 2003, pár. 4.13. Posteriormente, cuando el Comité entra a valorar el alcance de las garantías ofrecidas por el Gobierno egipcio a Suecia a consecuencia de la expulsión del esposo de la señora Attia, pudo darse cuenta de que la información que Suecia puso a disposición del Comité para valorar la fiabilidad de las garantías en *Attia* era incompleta; CAT, comunicación n. 233/2003, *Agiza c. Suecia*, CAT/C/34/D/233/2003, 20 de mayo de 2005, pár. 13.5.

⁶⁰⁹ STEDH de 17 de enero de 2012, *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, demanda n. 8139/09.

⁶¹⁰ STEDH de 19 de junio de 2008, *Ryabikin c. Rusia*, demanda n. 8320/04, pár. 119; STEDH de 11 de diciembre de 2008, *Muminov c. Rusia*, demanda n. 42502/06, pár. 97. Este criterio también puede verse

no puede alegar haber recibido garantías diplomáticas por parte de las autoridades de destino para cumplir con sus obligaciones en virtud del CEDH, si no las hace públicas y las comunica al TEDH, ya que este ha reafirmado su competencia para revisar tales garantías⁶¹¹.

En segundo lugar, se debe valorar el carácter preciso o genérico de las garantías diplomáticas ofrecidas. Con frecuencia, la presentación de garantías diplomáticas por parte del Estado de destino se realiza en documentos estandarizados en los que solo aparecen los datos del extranjero. Por lo general, cuando se observa que las garantías son más bien vagas y carecen de precisión, el TEDH pone muy en duda su valor⁶¹². En este sentido, la existencia de normativa interna en el Estado de destino, así como su adhesión a tratados internacionales que garanticen el respeto a los DDHH, en principio, no basta para asegurar que ofrece una protección adecuada contra los tratos prohibidos en el art. 3. En estos supuestos, el TEDH se basa en lo que denomina, “fuentes fidedignas”, para conocer si los actos de las autoridades del Estado de destino se adaptan a las exigencias del CEDH⁶¹³. Esta consulta es importante ya que se han dado casos en que los EP han aceptado garantías diplomáticas por parte de Estados que presentan un cuadro persistente de violación de los DDHH⁶¹⁴.

reflejado en la práctica del CAT, comunicación n. 281/2005, *Pelit c. Azerbaiyán*, CAT/C/38/D/281/2005, 1 de mayo de 2007, párr. 7.10; CAT, comunicación n. 233/2003, *Agiza c. Suecia*, CAT/C/34/D/233/2003, 20 de mayo de 2005.

⁶¹¹ STEDH de 8 de julio de 2010, *Abdulzhon Isakov c. Rusia*, demanda n. 14049/08, párr. 111; STEDH de 19 de junio de 2008, *Ryabikin c. Rusia*, demanda n. 8320/04, párr. 119.

⁶¹² STEDH de 28 de mayo de 2014, *Akram Karimov c. Rusia*, demanda n. 62892/12, párr. 133; STEDH de 2 de octubre de 2012, *Abdulkhakov c. Rusia*, demanda n. 14743/11, párr. 150; STEDH de 12 de mayo de 2010, *Khodzhayev c. Rusia*, demanda n. 52466/06, párr. 103; STEDH de 1 de abril de 2010, *Klein c. Rusia*, demanda n. 24268/08, párr. 55.

⁶¹³ En *Ismoilov y otros c. Rusia*, varios Relatores Especiales de la ONU sobre la Tortura y el Secretario General de la ONU habían denunciado la tortura sistemática llevada a cabo por funcionarios de Uzbekistán contra los reclusos. A pesar de las medidas adoptadas por el Gobierno, no se aprecia, en el momento de determinar la fiabilidad de las garantías ofrecidas por este Estado, ningún resultado que demostrara un avance positivo en este sentido. El TEDH se basa en los informes de estos organismos internacionales para mantener que las garantías dadas por las autoridades de Uzbekistán no aseguraban la no comisión de tratos contrarios al art. 3: STEDH de 24 de abril de 2008, *Ismoilov y otros c. Rusia*, demanda n. 2947/06, párrs. 121 y 127. En este sentido, STEDH de 12 de enero de 2017, *Kebe y otros c. Ucrania*, demanda n. 12552/12, párr. 91; STEDH de 7 de mayo de 2014, *Nizamov y otros c. Rusia*, demandas nos. 22636/13, 24034/13, 24334/13 y 24528/13, párr. 43; STEDH de 10 de julio de 2014, *Rakhimov c. Rusia*, demanda n. 50552/13; STEDH de 20 de mayo de 2010, *Khaydarov c. Rusia*, demanda n. 21055/09, párr. 111; STEDH de 1 de abril de 2010, *Klein c. Rusia*, demanda n. 24268/08, párr. 55; STEDH de 23 de febrero de 2009, *Ben Khemais c. Italia*, demanda n. 246/07, párr. 57; STEDH de 19 de junio de 2008, *Ryabikin c. Rusia*, demanda n. 8320/04, párr. 119; STEDH de 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia*, demanda n. 37201/06, párrs. 147 y 148.

⁶¹⁴ STEDH de 14 de noviembre de 2013, *Kasymakhunov c. Rusia*, demanda n. 29604/12, párr. 126; STEDH de 17 de enero de 2012, *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, demanda n. 8139/09, párrs. 188 y 189; STEDH de 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia*, demanda n. 37201/06, párr. 129; STEDH de 24 de abril de 2008, *Ismoilov y otros c. Rusia*, demanda n. 2947/06, párr. 127; STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, demanda n. 22414/93, párr. 105. Parte de la doctrina sostiene que el hecho de que un Estado no cumpla sus obligaciones internacionales vinculantes de DDHH puede predecir la falta de

En *Saadi c. Italia*, la adhesión a tratados de protección de los DDHH es uno de los argumentos que las autoridades tunecinas presentan a Italia para que este último Estado acepte sus garantías diplomáticas. Sin embargo, para el TEDH esto no es suficiente, más aun cuando fuentes fidedignas como Amnistía Internacional, Human Rights Watch y el Comité Internacional de la Cruz Roja, informan de que las practicas que llevan a cabo o que son toleradas por las autoridades tunecinas son manifiestamente contrarias a los principios del CEDH⁶¹⁵. Por consiguiente, con carácter general, el TEDH no acepta garantías diplomáticas de Estados que presentan un panorama endémico y persistente de tortura o malos tratos, con independencia de que hayan ratificado los instrumentos internacionales de DDHH⁶¹⁶.

Las garantías diplomáticas ofrecidas deben asegurar que el riesgo que conlleva una situación generalizada de violación de los DDHH no va a materializarse en un trato contrario al art. 3 en el caso concreto para el que las garantías son concedidas. La situación general del estado de los DDHH en un país determinado no puede servir, por sí misma, para denegar la expulsión de un extranjero. Sobre todo, se tiene en cuenta que se respeten

cumplimiento de un acuerdo político no vinculante en un caso específico. No obstante, se puede aplicar ese razonamiento desde el punto de vista que, dado que las garantías han sido dadas por los más altos niveles del Estado y la falta de cumplimiento tiende a rasgar las relaciones diplomáticas, amén de que los efectos de tal infracción son más evidentes lo que puede llevar a un mayor cumplimiento; GIUFFRÉ, M., “An Appraisal of Diplomatic Assurances One Year after *Othman (Abu Qatada) v United Kingdom* (2012)”, *International Human Rights Law Review*, vol. 2, n. 2, 2013, 266-293, p. 287.

⁶¹⁵ STEDH de 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia*, demanda n. 37201/06, párr. 147. Los EM del COE no deben albergar una confianza automática mutua de que todos ellos ofrecen un nivel aceptable de protección de los DDHH; STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n. 30696/09, párr. 353. Por su parte, el CAT, en su jurisprudencia, tampoco da generalmente un peso importante a las garantías que reiteran obligaciones de los Estados en virtud de los tratados internacionales de DDHH; CAT, comunicación n. 428/2010, *Kalinichenko c. Marruecos*, CAT/C/47/D/428/2010, 25 de noviembre de 2011. En *Klein c. Rusia*, el fallo del TEDH está acompañado de dos opiniones separadas, que mantienen que, aunque vagas, las garantías diplomáticas dadas por Colombia son suficientes dado que este país es parte de varios tratados internacionales de protección de los DDHH –como el PIDCP–, además de dar competencia al CDH para que supervise el cumplimiento de las obligaciones de este Estado con los DDHH.

⁶¹⁶ En *Ryabikin*, el TEDH comprueba que, pese a las garantías ofrecidas por Turkmenistán, las autoridades de este Estado han rechazado sistemáticamente el acceso de observadores internacionales al país, en particular a los lugares de detención. Por tanto, el valor de las garantías ofrecidas por este Estado es para el TEDH, cuanto menos, cuestionable; STEDH de 19 de junio de 2008, *Ryabikin c. Rusia*, demanda n. 8320/04, párr. 119. En este sentido, STEDH de 21 de mayo de 2015, *Mukhitdinov c. Rusia*, demanda n. 20999/14, párr. 49; STEDH de 26 de febrero de 2015, *Khalikov c. Rusia*, demanda n. 66373/13, párr. 53; STEDH de 3 de octubre de 2013, *Nizomkhon Dzhurayev c. Rusia*, demanda n. 31890/11, párr. 132; STEDH de 4 de noviembre de 2010, *Sultanov c. Rusia*, demanda n. 15303/09, párr. 73; STEDH de 21 de octubre de 2010, *Gaforov c. Rusia*, demanda n. 25404/09, párr. 138; STEDH de 8 de julio de 2010, *Yuldashev c. Rusia*, demanda n. 1248/09, párr. 85; STEDH de 3 de julio de 2012, *Rustamov c. Rusia*, demanda n. 11209/10, párr. 131; STEDH de 20 de mayo de 2010, *Khaydarov c. Rusia*, demanda n. 21055/09, párrs. 105, 111 y 115; STEDH de 18 de febrero de 2010, *Baysakov y otros c. Ucrania*, demanda n. 54131/08, párrs. 51 y 52; STEDH de 24 de abril de 2008, *Ismoilov y otros c. Rusia*, demanda n. 2947/06, párr. 127.

efectivamente los DDHH en el Estado que concede las garantías diplomáticas para tratar de verificar la validez de dichas garantías con relación a la expulsión de un extranjero⁶¹⁷.

En los supuestos de extradición, las notas diplomáticas son un medio muy frecuente mediante el cual el Estado requirente proporciona las garantías que el Estado requerido considera necesarias para proceder a trasladar al sujeto. Pese a que el TEDH reconoce que las notas diplomáticas llevan consigo una presunción de buena fe, en los casos de extradición, recomienda que esta presunción sea aplicada solo al Estado requirente que cuente con una larga trayectoria de respeto a la democracia, los DDHH y al Estado de derecho, además de tener acuerdos de extradición de larga data con el EP requerido⁶¹⁸.

En tercer lugar, otro de los criterios que permite decidir sobre la fiabilidad que proporcionan las garantías diplomáticas es la capacidad o no del autor de las garantías de comprometer a las autoridades del Estado de destino. En *Chamaiev y otros c. Georgia y Rusia* se considera importante que las garantías procedan de la Procuraduría General, órgano que en el sistema ruso controla la actividad de todos los fiscales de la Federación, además de supervisar el respeto de los derechos de los detenidos en este país⁶¹⁹. Por el contrario, en *Baysakov y Soldatenko*, ambos contra Ucrania, se sostiene que este Estado no puede aceptar las garantías dadas por los fiscales kazajos, ya que carecen del poder necesario para proporcionar tales garantías en nombre del Estado⁶²⁰.

En cuarto lugar, y muy ligado al anterior criterio, a la hora de valorar la fiabilidad de las garantías diplomáticas, es importante el hecho de que las autoridades locales acepten los compromisos asumidos por el Gobierno del Estado⁶²¹. Este criterio interpretativo se encuentra bien ilustrado en *Chahal c. Reino Unido*, en el que aunque las garantías son dadas por el propio Gobierno de la India, el TEDH considera que no son fiables, ya que

⁶¹⁷ Entre otras, STEDH de 22 de octubre de 2015, *Turgunov c. Rusia*, demanda n. 15590/14, párr. 58; STEDH de 24 de julio de 2014, *Mamadaliyev c. Rusia*, demanda n. 5614/13, párr. 71; STEDH de 17 de julio de 2014, *Kadirzhanov y Mamashev c. Rusia*, demandas n. 42351/13 y 47823/13, párr. 99; STEDH de 28 de mayo de 2014, *Akram Karimov c. Rusia*, demanda n. 62892/12, párr. 133; STEDH de 17 de abril de 2014, *Gayratbek Saliyev c. Rusia*, demanda n. 39093/13, párr. 68; STEDH de 17 de abril de 2014, *Ismailov c. Rusia*, demanda n. 20110/13, párr. 88; STEDH de 10 de diciembre de 2009, *Koktysh c. Ucrania*, demanda n. 43707/07, párr. 64.

⁶¹⁸ STEDH de 25 de septiembre de 2012, *Rrapo c. Albania*, demanda n. 58555/10, párr. 72. En términos iguales, véase, STEDH de 17 de enero de 2012, *Harkins y Edwards c. Reino Unido*, demandas n. 9146/07 y n. 32650/07, párr. 85.

⁶¹⁹ STEDH de 12 de abril de 2005, *Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*, demanda n. 36378/02, párr. 344.

⁶²⁰ STEDH de 18 de febrero de 2010, *Baysakov y otros c. Ucrania*, demanda n. 54131/08, párr. 51; STEDH de 13 de octubre de 2008, *Soldatenko c. Ucrania*, demanda n. 2440/07, párr. 73. En este sentido, STEDH de 10 de junio de 2010, *Garayev c. Azerbaiyán*, demanda n. 53688/08, párr. 59; STEHD de 24 de febrero de 2009, *Ben Khemais c. Italia*, demanda n. 246/07, párr. 59.

⁶²¹ STEDH de 17 de enero de 2012, *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, demanda n. 8139/09, párr. 189; STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, demanda n. 22414/93, párrs. 105 a 107.

entiende que es evidente que las autoridades locales de la India no van a cumplirlas⁶²². Por tanto, si las garantías son dadas por funcionarios de alto nivel o por el Gobierno, pero, en términos prácticos, no eliminan el riesgo de tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes, devienen ineficaces. En *Othman c. Reino Unido*, el riesgo de tratos prohibidos por el art. 3 proviene de la Dirección General de Inteligencia de Jordana; el TEDH observa que las garantías son dadas por el mismo órgano del que emana el riesgo de malos tratos, por lo que les otorga fiabilidad⁶²³.

En quinto lugar, otro de los criterios que permite apreciar la fiabilidad que aportan las garantías diplomáticas, es el carácter legal o ilegal de los riesgos de vulneración del art. 3 en el Estado de destino. En *Saoudi c. España* el demandante, acusado de terrorismo, alega que, en el caso de ser expulsado a Argelia, se vería abocado a la pena de muerte o a la cadena perpetua debido a los delitos que allí se le imputan. El TEDH suscribe la opinión de los tribunales nacionales españoles acerca de que las garantías ofrecidas evitan el peligro de tratos contrarios al art. 3 del CEDH. Esta valoración se basa, por un lado, en que en Argelia la cadena perpetua es conmutada por una condena de duración limitada y, por otro lado, en que la pena de muerte no puede ser aplicada al demandante conforme a las disposiciones para las que se solicita su extradición⁶²⁴.

En sexto lugar, otro de los criterios a valorar consiste en que las garantías diplomáticas provengan o no de un EP del CEDH⁶²⁵. La adhesión de un Estado a este tratado regional supone un factor favorable para que el TEDH dote de validez a las garantías. Si bien, ello debe ser valorado junto con el resto de elementos que rodean a las garantías diplomáticas, pues el mero hecho que un Estado sea parte del CEDH no supone una presunción *iure et de iure* de que ese Estado respete plenamente las disposiciones del

⁶²² Aunque el tribunal de Estrasburgo no duda de la buena fe de las autoridades de la India en cuanto a las garantías ofrecidas, la violación de los DDHH por parte de ciertos miembros de las fuerzas de seguridad en varias partes de la India es un problema duradero. Por tanto, el Tribunal no está convencido de que dichas garantías proporcionen una seguridad adecuada; STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, demanda n. 22414/93, párr. 105.

⁶²³ STEDH de 17 de enero de 2012, *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, demanda n. 8139/09, párr. 195.

⁶²⁴ STEDH de 18 de septiembre de 2006 (decisión de admisibilidad), *Saoudi c. España*, demanda n. 22871/06. En *Nivette c. Francia*, el TEDH considera que las garantías obtenidas por el Gobierno francés evitan el riesgo de que el demandante sea condenado a cadena perpetua en el caso de regresar a California. En concreto, el Tribunal se basa en que no es posible condenar a la cadena perpetua sin que el Fiscal del Distrito alegue una circunstancia especial. En este caso, esta autoridad, bajo juramento, manifiesta su compromiso de no aducir dicha circunstancia, en consecuencia, la expulsión no supone una violación del art. 3 del CEDH; STEDH de 3 de julio de 2001 (decisión de admisibilidad), *Nivette c. Francia*, demanda n. 44190/98. En este sentido, STEDH de 16 de octubre de 2001 (decisión de admisibilidad), *Einhorn c. Francia*, demanda n. 71555/01.

⁶²⁵ STEDH de 14 de septiembre de 2010 (decisión de admisibilidad), *Chentiev e Ibragimov c. Eslovaquia*, demandas n. 21022/08 y 51946/08; STEDH de 17 de febrero de 2009 (decisión de admisibilidad), *Gasayev c. España*, demanda n. 48514/06.

CEDH. Esta presunción ha sido refutada por el tribunal de Estrasburgo⁶²⁶. En consecuencia, cuando un EP deba expulsar a un extranjero que alega fundados temores de recibir un trato contrario al art. 3 si es expulsado a otro EP, las autoridades de este último no están exentas de ofrecer garantías diplomáticas. Como sostiene el tribunal de Estrasburgo, “no se puede considerar que un Estado que no cumple sus obligaciones multilaterales vaya a respetar las garantías bilaterales; sin embargo la medida en la que el Estado no ha respetado sus obligaciones multilaterales es un factor a tener en cuenta para determinar si las garantías bilaterales que ha dado son suficientes”⁶²⁷.

En séptimo lugar, se tiene en cuenta la duración y la intensidad de las relaciones bilaterales entre el Estado expulsor y el Estado de destino. Para el TEDH es un factor relevante la actitud manifestada por el Estado de destino ante garantías similares dadas en ocasiones anteriores. En *Al-Moayad c. Alemania*, se atribuye importancia al hecho de que las garantías dadas por los EEUU a Alemania, en el marco de los procedimientos de extradición, siempre se han respetado. Esa conclusión se basa en la ausencia de hechos que demuestren que, a fecha del pronunciamiento, las personas objeto de expulsión hayan sido objeto de malos tratos por las autoridades estadounidenses⁶²⁸.

Asimismo, la intensidad de las relaciones bilaterales entre los Estados, así como el contexto político en el que se dan, también hace fiables estas garantías. Este factor parece uno de los más valorados a la hora de dar fiabilidad a las garantías diplomáticas. El caso *Othman c. Reino Unido* es el primero en el que una persona impugna una orden de expulsión de conformidad con un Memorando de entendimiento, por lo que se valora la fiabilidad de las garantías diplomáticas negociadas en un compromiso internacional de este tipo. A este respecto, el TEDH podría comprobar diferentes aspectos como que: la tortura es una práctica cotidiana y generalizada en Jordania, Estado emisor de las garantías; que la prevención de la tortura y la sanción a sus autores es una asignatura pendiente en el sistema penal jordano; que el demandante integra una colectividad de individuos frecuentemente maltratados en Jordania; o que el demandante afirma haber sido torturado con anterioridad. No obstante, la intensidad de la relación bilateral entre Jordania y el Reino Unido, así como el Memorando de entendimiento que avalaba esa

⁶²⁶ STEDH de 13 de diciembre de 2016, *Paposhvili c. Bélgica*, demanda n. 41738/10, pár. 193; STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n. 30696/09, párs. 357 a 359; STEDH de 4 de noviembre de 2014, *Tarakhel c. Suiza*, demanda n. 29217/12, párs. 119 a 122.

⁶²⁷ STEDH de 17 de enero de 2012, *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, demanda n. 8139/09, pár. 193.

⁶²⁸ STEDH de 20 de febrero de 2007 (decisión de admisibilidad), *Al-Moayad c. Alemania*, demanda n. 35865/03.

relación, es el motivo principal por el que se concluye que la expulsión del Sr. *Othman* no supone una violación del CEDH⁶²⁹. Por tanto, con *Othman* el TEDH rompe la línea jurisprudencial establecida en *Saadi*, al aceptar las garantías diplomáticas dadas por un Estado en el que se practica sistemáticamente la tortura, como es Jordania. Así, admite el Memorando de entendimiento dado por este Estado como garantía de que no va a someter al Sr. *Othman* a torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes, pese a que, de forma generalizada, en este Estado se producen tales tratos.

En octavo lugar, otro criterio que se debe considerar es la posibilidad de verificar el cumplimiento de las garantías ofrecidas objetivamente, mediante mecanismos de control⁶³⁰. En las demandas *Soldatenko c. Ucrania*, *Kolesnik y Ryabikin*, estos dos últimos contra la Federación de Rusia, las meras garantías trasladadas por las autoridades turcomanas a sus homólogas ucranianas y rusas, sin la presencia de medios objetivos que permitan verificar su cumplimiento, no bastan para garantizar la ausencia de riesgo si se lleva a cabo la expulsión⁶³¹. En sentido contrario, en *Chentiev e Ibragimov c. Eslovaquia* y *Gasayev c. España*, las garantías ofrecidas por la Federación de Rusia permiten verificar, a través de representantes diplomáticos del Estado expulsor, el compromiso de las autoridades rusas de que el art. 3 del CEDH sería respetado si se expulsa el demandante⁶³².

Para el TEDH es esencial que los mecanismos de control posteriores a la expulsión resulten eficaces para salvaguardar al extranjero de los malos tratos, así como para servir

⁶²⁹ STEDH de 17 de enero de 2012, *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, demanda n. 8139/09, párs. 191 a 205. Estos Memorandos de entendimiento son acuerdos escritos estandarizados que enumeran una serie de garantías sobre el trato justo y humano que ha de prestarse a las personas retornadas. Son, por tanto, acuerdos marco que reflejan una comprensión mutua en el respeto de los DDHH en todos los casos de expulsión; GIUFFRÉ, M., “Deportation with assurances and human rights. The case of persons suspected or convicted of serious crimes”, *Journal of International Criminal Justice*, n. 15, 2017, 75-95, p. 77.

⁶³⁰ Este criterio se encuentra en línea con lo expresado por el CDH y el CAT, quienes aducen que los mecanismos de vigilancia posterior a la expulsión pueden hacer compatible el uso de las garantías diplomáticas con el DIDH; CDH, “Examen de los Informes presentados por los Estados parte en virtud del art. 40 del Pacto. Observaciones finales del CDH a Reino Unido”, CCPR/C/GBR/CO/6, 30 de julio de 2008, párr. 12; CAT, “Examen de los informes presentados por los Estados parte en virtud del art. 19 de la Convención. Conclusiones y recomendaciones del CAT a EEUU”, CAT/C/USA/CO/2, 25 de julio de 2006, párr. 21.

⁶³¹ STEDH de 17 de junio de 2010, *Kolesnik c. Rusia*, demanda n. 26876/08, párr. 73; STEDH de 19 de junio de 2008, *Ryabikin c. Rusia*, demanda n. 8320/04, párr. 119; STEDH de 13 de octubre de 2008, *Soldatenko c. Ucrania*, demanda n. 2440/07, párr. 73. En este sentido, STEDH de 23 de febrero de 2009, *Ben Khemais c. Italia*, demanda n. 246/07, párr. 61. Por su parte, el CAT mantiene la necesidad de que existan mecanismos de vigilancia objetivos, imparciales y suficientemente fiables; véase, CAT, comunicación n. 233/2003, *Agiza c. Suecia*, CAT/C/34/D/233/2003, 20 de mayo de 2005; CAT, comunicación n. 281/2005, *Pelit c. Azerbaiyán*, CAT/C/38/D/281/2005, 1 de mayo de 2007, párr. 11.

⁶³² STEDH de 21 de febrero de 2012 (decisión de admisibilidad), *Chentiev e Ibragimov c. Eslovaquia*, demanda n. 65916/10; STEDH de 17 de febrero de 2009 (decisión de admisibilidad), *Gasayev c. España*, demanda n. 48514/06.

como mecanismo de rendición de cuentas⁶³³. Para ello, se evalúa si el personal diplomático que se encuentra en el Estado de destino tiene los conocimientos técnicos necesarios para hacer un seguimiento eficaz de las garantías diplomáticas dadas por el Estado. La existencia de un personal cualificado en el sentido descrito, junto con el establecimiento de un procedimiento mediante el que la persona expulsada pueda presentar quejas ante este personal, sin restricciones, en los centros de detención, son algunas de las evidencias que demuestran la existencia de un mecanismo de supervisión de las garantías diplomáticas válido en el Estado de destino⁶³⁴. En *Turgunov c. Rusia* se considera que no hay pruebas que permitan constatar que el personal diplomático ruso haya visitado a ninguna persona en Kirguistán después de su expulsión. Por tanto, las garantías proporcionadas no pueden considerarse como una prueba de la existencia de un mecanismo de monitoreo de estas garantías por parte del Estado que las concede⁶³⁵.

En noveno lugar, se debe tener en cuenta la existencia de un verdadero sistema de protección contra la tortura en el Estado de destino, así como la voluntad de este Estado de colaborar con los mecanismos internacionales de control. Para el TEDH este criterio implica tanto la colaboración con ONGs, como la capacidad del Estado de destino de investigar las denuncias recibidas en casos de torturas, así como la existencia de un sistema de sanción previsto para estos actos. En *Koktysh c. Ucrania*, se constata que, con independencia de las garantías ofrecidas por las autoridades de Bielorrusia, informes de organismos internacionales revelan los problemas en materia de DDHH por parte de las

⁶³³ STEDH de 1 de diciembre de 2015, *Tadzhibayev c. Rusia*, demanda n. 17724/14, párr. 46; STEDH de 22 de octubre de 2015, *Turgunov c. Rusia*, demanda n. 15590/14, párrs. 56 y 57. Como sostiene el CPT en este sentido, “[...]it has been argued that mechanisms can be devised for the post-return monitoring of the treatment of a person deported, in the event of his/her being detained. While the CPT retains an open mind on this subject, it has yet to see convincing proposals for an effective and workable mechanism. To have any chance of being effective, such a mechanism would certainly need to incorporate some key guarantees, including the right of independent and suitably qualified persons to visit the individual concerned at any time, without prior notice, and to interview him/her in private in a place of their choosing. The mechanism would also have to offer means of ensuring that immediate remedial action is taken, in the event of it coming to light that assurances given were not being respected”; CPT, “15th General Report on the CPT's activities covering the period 1 August 2004 to 31 July 2005”, CPT/Inf (2005) 17. Strasbourg, 22 September 2005, párr. 40.

⁶³⁴ STEDH de 16 de abril de 2015, *Khamrakulov c. Rusia*, demanda n. 68894/13, párr. 69; STEDH de 17 de abril de 2014, *Gayratbek Saliyev c. Rusia*, demanda n. 39093/13, párr. 66; STEDH de 3 de octubre de 2013, *Nizomkhon Dzhurayev c. Rusia*, demanda n. 31890/11, párr. 133; STEDH de 17 de julio de 2014, *Kadirzhanov y Mamashev c. Rusia*, demandas n. 42351/13 y 47823/13, párr. 96. Amnistía Internacional considera que los mecanismos de vigilancia posteriores no pueden suplir las deficiencias de un sistema nacional en el que prospera la tortura; Amnistía Internacional, “Acuerdos peligrosos. Europa acepta «garantías diplomáticas» contra la tortura”, 2010, p. 3, disponible en: <http://amnistiainternacional.org/publicaciones/107-acuerdos-peligrosos-europa-acepta-garantias-diplomaticas-contra-la-tortura.html>

⁶³⁵ STEDH de 22 de octubre de 2015, *Turgunov c. Rusia*, demanda n. 15590/14, párr. 56.

autoridades de este Estado y, más en concreto, con relación a la abolición de la pena de muerte⁶³⁶.

En décimo lugar, también se debe evaluar el hecho de que la persona objeto de expulsión haya sido o no objeto de tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes en el Estado de destino con anterioridad a que este país expida las garantías diplomáticas⁶³⁷. Para el TEDH también es relevante que la persona objeto de expulsión sea o no miembro de un grupo que está sistemáticamente expuesto a tratos contrarios al art. 3. Este puede ser el caso de una persona perteneciente a una determinada minoría, o sospechosa de conspiración criminal o terrorismo⁶³⁸.

En undécimo lugar, otro criterio a tener en cuenta es la minuciosidad con la que el Estado expulsor examina la fiabilidad de las garantías diplomáticas que le son proporcionadas con el fin de expulsar al extranjero. Este examen debe realizarse teniendo en cuenta las circunstancias personales del extranjero objeto de expulsión, así como la información que pone de manifiesto la situación imperante en el Estado de destino⁶³⁹. No se debe dar un peso relevante a las evaluaciones realizadas por los propios tribunales nacionales de los EP que reciben garantías diplomáticas por parte de terceros Estados, dado que el interés por llevar a cabo una expulsión con garantías, en ocasiones, puede difuminar la objetividad de la evaluación⁶⁴⁰.

Además de desarrollar con bastante precisión estos once criterios interpretativos, a raíz de *Othman c. Reino Unido*, el TEDH amplía su alcance a supuestos en los que el riesgo en caso de expulsión no proviene de tratos contrarios al art. 3 del CEDH, sino del riesgo a que el extranjero vea denegado su derecho a la justicia reconocido en el art. 6 del CEDH. En concreto, este caso es el primero en el que se decide que una expulsión debe

⁶³⁶ STEDH de 18 de febrero de 2010, *Baysakov y otros c. Ucrania*, demanda n. 54131/08, párr. 51; STEDH de 10 de diciembre de 2009, *Koktysh c. Ucrania*, demanda n. 43707/07, párr. 63. En este sentido, STEDH de 23 de febrero de 2009, *Ben Khemais c. Italia*, demanda n. 246/07, párrs. 59 y 60; STEDH de 13 de octubre de 2008, *Soldatenko c. Ucrania*, demanda n. 2440/07, párr. 73.

⁶³⁷ STEDH de 10 de diciembre de 2009, *Koktysh c. Ucrania*, demanda n. 43707/07, párr. 64; STEDH de 20 de febrero de 2007 (decisión de admisibilidad), *Ali Hassan Al-Moayad c. Alemania*, demanda n. 35865/03, párr. 68.

⁶³⁸ STEDH de 26 de julio de 2016, *U.N. c. Rusia*, demanda n. 14348/15; STEDH de 17 de enero de 2012, *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, demanda n. 8139/09, párr. 196; STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, demanda n. 22414/93, párr. 106. En este sentido, el CAT también da especial relevancia a la existencia de mecanismos de seguimiento en los casos en los que el solicitante ya había sido objeto de tortura con anterioridad en el Estado de destino; CAT, comunicación n. 327/2007, *Boily c. Canadá*, CAT/C/47/D/327/2007, 14 de noviembre de 2011.

⁶³⁹ STEDH de 10 de abril de 2012, *Babar Ahmad y otros c. Reino Unido*, demandas nos. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 y 67354/09, párr. 106; STEDH de 1 de abril de 2010, *Klein c. Rusia*, demanda n. 24268/08, párr. 56.

⁶⁴⁰ JONES, K., "Deportations with Assurances: Addressing Key Criticisms", *ICLQ*, vol. 57, n. 1, 2008, 183-194, p. 193.

ser suspendida ante la existencia de un riesgo real de que las pruebas obtenidas por medio de tratos contrarios al art. 3, sean utilizadas en contra del demandante en un segundo juicio, ante un tribunal militar jordano, que carece de imparcialidad e independencia⁶⁴¹. Con anterioridad, el TEDH había admitido que una expulsión puede comprometer la responsabilidad del Estado en virtud del art. 6, en aquellos casos que acarreen una flagrante denegación de justicia⁶⁴². No obstante, hasta *Othman* el tribunal de Estrasburgo no había fallado una vulneración del art. 6 en este sentido, debido a que, al pronunciarse sobre la violación del art. 3 del CEDH, no había considerado necesario hacerlo sobre una posible denegación de justicia en supuestos de expulsión⁶⁴³. Con este caso se afirma que la obtención de pruebas bajo tortura lleva consigo una flagrante denegación de un proceso equitativo con todas las garantías, lo que vulnera el art. 6 del CEDH.

Con carácter general, la doctrina internacionalista⁶⁴⁴, órganos internacionales de salvaguarda de DDHH⁶⁴⁵ y ONGs como Amnistía Internacional y Human Rights

⁶⁴¹ Según el TEDH: “la manifiesta denegación de justicia va más allá de simples irregularidades o defectos en las garantías del juicio que implicarían una violación del artículo 6 si tuviera lugar en el propio Estado contratante. Es necesario que exista una violación del principio de equidad del proceso, garantizado por el artículo 6 que sea tan grave que entrañe la anulación o incluso la destrucción de la esencia misma del derecho protegido por este artículo”; STEDH de 17 de enero de 2012, *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, demanda n. 8139/09, párr. 260.

⁶⁴² STEDH de 14 de octubre de 2003 (decisión de admisibilidad), *Tomic c. Reino Unido*, demanda n. 17837/03; STEDH de 16 de octubre de 2001 (decisión de admisibilidad), *Einhorn c. Francia*, demanda n. 71555/01, párr. 32; STEDH de 26 de junio de 1992, *Drozdz y Janousek c. Francia y España*, demanda n. 12747/87, párr. 110; STEDH de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, demanda n. 14038/88, párr. 113.

⁶⁴³ STEDH de 24 de abril de 2008, *Ismoilov y otros c. Rusia*, demanda n. 2947/06, párr. 156; STEDH de 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia*, demanda n. 37201/06, párrs. 160.

⁶⁴⁴ SCHMID, E., “The End of the Road on Diplomatic Assurances: The Removal of Suspected Terrorists under International Law”, *Essex Human Rights Review*, Essex Human Rights Review, vol. 8, n. 1 2011, 219-235; SACCUCCI, A., “Divieto di tortura ed esigenze di sicurezza nel contesto della war on terror: verso una flessione “al ribasso” degli obblighi internazionali?”, *DUDI*, n. 3, 2009, 5-31. La doctrina apunta que el secretismo que rodea a estos acuerdos –puesto que generalmente no son publicados–, unido a la informalidad con la que en ocasiones se conceden estas garantías y la ausencia de carácter vinculante, no conforman un contexto sobre el cual pueda descansar la seguridad de que una norma imperativa de derecho consuetudinario no va a ser vulnerada. Las garantías diplomáticas, al no ser un instrumento jurídico vinculante, y dado el contexto en el que se desarrollan, más bien pueden ser asemejadas a acuerdos políticos; FORNARI, M., “Garantías diplomáticas y lucha contra el terrorismo internacional”, *AEDI*, n. 23, 2007, 389-406, p. 402. Sobre los riesgos de los acuerdos que no son jurídicamente vinculantes y las consecuencias para los derechos de las personas objeto de expulsión véase, WOUTERS, K., “Reconciling National Security and Non-Refoulement: Exceptions, Exclusion, and Diplomatic Assurances”, en SALINAS DE FRÍAS, A. M., SAMUEL, K., y WHITE, N. (Eds.), *Counter-Terrorism. International Law and Practice*, Oxford, EEUU, 2012, 579-595. Asimismo se pone de manifiesto que la principal incongruencia inherente a la práctica de las garantías diplomáticas, como ha sido reiteradamente puesto de manifiesto por la doctrina, reside en el hecho de que donde existe una necesidad flagrante de esas garantías, existe un manifiesto riesgo de tortura y malos tratos; GIUFFRÉ, M., “An Appraisal of Diplomatic Assurances One Year after Othman (Abu Qatada) v United Kingdom (2012)”, *International Human Rights Law Review*, vol. 2, n. 2, 2013, 266-293, p. 284; CONDE PÉREZ, E., “TEDH — Sentencia de 28.02.2008, Saadi c. Italia, 37201/06 — Artículo 3 CEDH — Prohibición de Torturas y Penas o Tratos Inhumano o Degradantes-Terrorismo v. Tortura”, *RDCE*, n. 32, 2009, 275-290, pp. 278 y 279.

⁶⁴⁵ Consejo de DDHH, “Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez”, A/HRC/16/52, 3 de febrero de 2011, p. 15 y ss.; CPT, “15th

Watch⁶⁴⁶, denuncian la aceptación por los Estados de garantías diplomáticas para proceder a la expulsión de extranjeros. En especial, se denuncia que cuando esas garantías provienen de Estados en los que la tortura es generalizada y sistemática, su uso no es otra cosa que un intento de eludir la naturaleza absoluta del principio de no devolución⁶⁴⁷.

La problemática que presenta la falta de fiabilidad de las garantías diplomáticas se puede evidenciar en la práctica del CAT, así como en la propia jurisprudencia del TEDH. Por un lado, en las comunicaciones presentadas ante el CAT el fracaso de las garantías

General Report on the CPT's activities covering the period 1 August 2004 to 31 July 2005”, CPT/Inf (2005) 17. Strasbourg, 22 September 2005, párs. 41 y 42. Uno de los grandes problemas que se han señalado acerca de las garantías diplomáticas reside en el hecho de que, debido al carácter absoluto de la prohibición de tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes, las garantías dadas por un Estado no son suficientes cuando la causa que origina el riesgo no ha desaparecido; Report by Mr alvaro gil-roble, Commissioner for human rights, on his visit to sweden

21 – 23 april 2004 for the attention of the Committee of Ministers and the Parliamentary Assembly, CommDH(2004)13. Strasbourg, 8 July 2004, pá. 9.

⁶⁴⁶ Amnistía Internacional, “Acuerdos peligrosos. Europa acepta «garantías diplomáticas» contra la tortura”, 2010, disponible en: <http://amnistiainternacional.org/publicaciones/107-acuerdos-peligrosos-europa-acepta-garantias-diplomaticas-contra-la-tortura.html>; Comisión internacional de juristas, “Assessing Damage, Urging Action. Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-terrorism and Human Rights”, Ginebra, 2009, p. 167. Disponible en: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2012/04/Executive-Summary-of-the-Report-on-Terrorism-Counter-terrorism-and-Human-Rights-Eminent-Jurists-Panel-on-Terrorism-series-2009.pdf>; Human Rights Watch, “Still at Risk: Diplomatic Assurances No Safeguard Against Torture”, Vol. 17, No. 4(D), abril 2005. Disponible en: <https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/eca0405.pdf>

⁶⁴⁷ Consejo de DDHH, “Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak”, A/HRC/13/39, 9 de febrero de 2010, pá. 67. En este sentido, se da cuenta de que cada vez existe más consenso entre los Gobiernos y los expertos internacionales sobre que las garantías diplomáticas son una salvaguarda inadecuada contra la tortura y otros malos tratos. Entre estas opiniones se encuentra la del Grupo de Expertos sobre DDHH y lucha contra el terrorismo, DH-S-TER(2006)005. Estrasburgo, 3 de abril de 2006; Commissioner for human rights, “Viewpoint: torture can never, ever be accept”. 27 june 2006; y Amnistía Internacional, Human Rights Watch y la Comisión Internacional de Juristas, “Rechazar en vez de regular. Llamamiento a los Estados miembros del COE para que no establezcan principios mínimos sobre el uso de garantías diplomáticas en las transferencias de personas a lugares en los que corren el riesgo de sufrir tortura y otros malos tratos”, 2 de diciembre de 2005. Disponible en: <http://www.amnesty.org/en/library/info/EUR18/004/2008/en>. Esta postura es reflejada por la AGNU al exponer que las garantías diplomáticas no exoneran a los Estados de sus obligaciones en virtud del DIDH y, en particular, del principio de *non refoulement*; AGNU, “La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, A/C.3/60/L.25/Rev.1, 16 de noviembre de 2005, pá. 8. Esta afirmación sigue las observaciones del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, al estimar que las garantías diplomáticas no son dignas de crédito, amén de ineficaces para proteger sobre los riesgos de malos tratos, debido a que, por lo general: “se trata de obtener este tipo de garantías de los Estados donde la práctica de la tortura es sistemática; donde los mecanismos de seguimiento posterior a la devolución han demostrado que no ofrecen ninguna garantía contra la tortura; donde las garantías diplomáticas no son jurídicamente vinculante, por lo que carecen de efectos jurídicos y no cabe exigirse responsabilidad si no se cumplen; y donde la persona a la que las garantías tienen por objeto proteger carece de recursos si se violan esas garantías[...]”; AGNU, “Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, A/60/316, 30 de agosto de 2005, pá. 51. La AGNU llevó a cabo un llamamiento a los EP, con el fin de que se desligaran de la práctica tendente a reconocer las seguridades por vía diplomática como garantía para la expulsión; AGNU, “La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, A/RES/60/148, 21 de febrero de 2006, pá. 8.

diplomáticas lo materializa *Agiza*⁶⁴⁸. En la jurisprudencia del TEDH el fracaso que en ocasiones suponen las garantías diplomáticas lo evidencia *Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*, en el que cinco de los demandantes son expulsados por Georgia a la Federación de Rusia. Este último Estado había dado garantías diplomáticas a Georgia consistentes en garantizar el acceso de los demandantes, sin impedimentos, a los servicios médicos, asistencia jurídica e incluso ante el TEDH, entre otras garantías. Posteriormente, cuando el tribunal de Estrasburgo declara admisibles las garantías y se procede a la expulsión de los demandantes, las autoridades georgianas acuden a comprobar la situación de los demandantes en la Federación de Rusia. Sin embargo, el Tribunal Regional dentro de cuya jurisdicción se encuentran los demandantes en la Federación de Rusia, desautoriza la visita de la delegación georgiana⁶⁴⁹. En este caso se pone de manifiesto que, pese a que exista un mecanismo de vigilancia que supervise el correcto cumplimiento de las garantías diplomáticas en el Estado de destino, con ello no se elimina el riesgo de tratos contrarios al art. 3 del CEDH en caso de expulsión debido, principalmente, a la propia idiosincrasia de las garantías diplomáticas, en las que por lo general no se prevén mecanismos de supervisión de su cumplimiento⁶⁵⁰.

⁶⁴⁸ Otro ejemplo en la práctica del CAT lo refleja el caso *Ahmed Agiza*. En este asunto las autoridades de Suecia aceptan las garantías de Egipto, consistentes en establecer un mecanismo de seguimiento posterior basado en visitas de las autoridades suecas al sujeto objeto de expulsión en Egipto. A pesar de las 15 visitas de las autoridades suecas, estas se realizan después de las primeras 5 semanas, durante las cuales el solicitante se encuentra en régimen de incomunicación. A ello se le suman los malos tratos a los que tanto él como el resto de expulsados se vieron sometidos una vez concluidas las visitas acordadas como garantía diplomática; CAT, comunicación n. 233/2003, *Agiza c. Suecia*, CAT/C/34/D/233/2003, 20 de mayo de 2005. En *Maher Arar*, este ciudadano de origen sirio, a pesar de sus advertencias acerca del riesgo de torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes que sufriría en caso de ser trasladado a la República Árabe Siria, es expulsado a este país gracias a las garantías diplomáticas expedidas por este Estado a los EEUU. A pesar de las visitas de los funcionarios canadienses al Sr. *Maher Arar*, este es torturado durante los 10 meses en los que es detenido en la República Árabe Siria: véase en Center for Constitutional Rights, “The Story of Maher Arar: Rendition to torture”, disponible en: <https://ccrjustice.org/sites/default/files/assets/files/rendition%20to%20torture%20report.pdf>

⁶⁴⁹ Con independencia del incumplimiento de las autoridades rusas de las garantías diplomáticas, como espeta el TEDH, el acceso de los solicitantes se halla inmerso en el ámbito del DI, concretamente dentro del CEDH, el cual prevalece sobre las leyes nacionales. Por lo que el acceso de la delegación a los demandantes es un asunto que incumbe exclusivamente al TEDH; STEDH de 12 de abril de 2005, *Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*, demanda n. 36378/02.

⁶⁵⁰ La doctrina pone de relieve el hecho de que la perpetración de tortura y malos tratos usualmente se produce en secreto, además de la falta de voluntad por parte de los Gobiernos de denunciar la violación de las garantías una vez se ha procedido a la expulsión; JOHNSTON, J.G., “The Risk of Torture as a Basis for Refusing Extradition and the Use of Diplomatic Assurances to Protect against Torture after 9/1”, *International Criminal Law Review*, vol.11, n. 1, 2011,1-48. La Comisión de DDHH reconoce que supervisar el cumplimiento de las garantías contra la tortura y otras formas de malos tratos es un proceso complicado, debido a la constante vigilancia que requiere por parte del personal competente en relación con los abusos cometidos por las fuerzas de seguridad en lugares de detención; Comisión de DDHH. “Promoción y protección de los derechos humanos. La protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo”, E/CN.4/2006/94, 16 de febrero de 2006, pár. 56.

Con independencia de las críticas que con carácter general puedan merecer las garantías diplomáticas, el papel del tribunal de Estrasburgo consiste en el complicado ejercicio de evaluar si pueden ser aceptadas como garantía fiable de que el extranjero va a recibir un trato acorde con el CEDH en el Estado de destino en caso de expulsión⁶⁵¹. La evaluación del riesgo es un ejercicio especulativo en el que se analizan las consecuencias previsibles que la aceptación de las garantías diplomáticas y la expulsión pueden acarrear. Por tanto, aunque las garantías son generalmente dadas por Estados con un historial en materia de DDHH que deja mucho que desear, el TEDH evalúa la probabilidad de su cumplimiento a raíz de un análisis del contexto en el que son dadas.

En definitiva, en su jurisprudencia el TEDH evidencia un enfoque pragmático y casuístico, que analiza el peso de todos los factores que rodean a las garantías diplomáticas en el caso concreto, sin regirse por parámetros rígidos. Dado que en el ámbito internacional las garantías diplomáticas se rigen por el DI consuetudinario, cabe valorar de forma positiva que el TEDH trate de aportar seguridad jurídica al desarrollar una serie de criterios generales que sirvan a los EP para evaluar su fiabilidad. Con su corpus jurisprudencial el TEDH trata de establecer, de conformidad siempre con el CEDH, un equilibrio entre la salvaguarda de los DDHH del extranjero objeto de expulsión y la soberanía del Estado en materia de expulsión de extranjeros.

9. LAS ALTERNATIVAS DEL ESTADO ANTE LA PROHIBICIÓN DE EXPULSIÓN POR EL RIESGO DE VULNERACIÓN DEL ART. 3 DEL CEDH

9.1. La reubicación del extranjero en el Estado de origen o “internal flights”

La constatación de la existencia de un riesgo de tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes en caso de expulsar a un extranjero no implica que el EP deba consentir la permanencia del extranjero en su territorio. Existen alternativas que permiten al EP expulsar a un extranjero sin vulnerar el art. 3 del CEDH. Una de estas alternativas son los denominados IFA (por sus siglas en inglés, “internal flight alternative”), que representan, como opina ACNUR, una forma de protección del sujeto en su país de origen mediante

⁶⁵¹ Véase en este sentido, “Extradition and Human Rights Diplomatic assurances and Human Rights in the Extradition Context”, Presentation by Mr Johannes Silvis, Judge at the European Court of Human Rights, Lecture presented 20 May 2014, PC-OC meeting in Strasbourg/F. Disponible en: <https://rm.coe.int/168048bdaf>

su reubicación a otra parte del mismo libre de riesgos de malos tratos, en lugar de depender de la protección del EP⁶⁵². La alternativa de reubicación no se contempla expresamente en la Convención de Ginebra de 1951⁶⁵³.

El TEDH no se opone al recurso a los “internal flights”, para reubicar a un extranjero en una zona segura del Estado de origen. Se trata de una de las alternativas que tiene el EP a la concesión de protección y que, a su vez, posibilita llevar a término la decisión del EP de expulsar al extranjero⁶⁵⁴. No obstante, el uso de esta alternativa no exime al Estado expulsor de su obligación de garantizar que la reubicación no va a suponer que se vulnere al art. 3 del CEDH en el Estado de destino⁶⁵⁵.

Por tanto, para que un EP pueda proceder a reubicar al extranjero en su Estado de origen deben darse ciertas garantías. En concreto, el extranjero objeto de expulsión debe poder viajar a la zona del Estado de destino donde vaya a ser reubicado, así como acceder y asentarse en ese lugar⁶⁵⁶. La ausencia de estas garantías puede derivar en una posible vulneración del art. 3. Tanto más si, en ausencia de ellas, existe la posibilidad de que el extranjero en cuestión vaya a parar a una zona del Estado de origen donde pueda ser sometido a tortura o malos tratos⁶⁵⁷. Por ejemplo, en *S.K. c. Rusia*, el Gobierno ruso

⁶⁵² ACNUR, “The Internal Flight Alternative Practices. A UNHCR Research Study in Central European Countries”, junio 2012, p. 2. Originariamente, la noción de “internal flight alternative” es desarrollada, principalmente, por la jurisprudencia alemana, seguida de la práctica de la mayoría de los Estados contratantes de la Convención de Ginebra de 1951; MARX, R., “The Criteria of Applying the «Internal Flight Alternative» Test in National Refugee Status Determination Procedures”, *IJRL*, vol. 14, n. 2/3, 2002, 179-218, p. 181.

⁶⁵³ Algún autor apunta hacia el uso habitual de esta medida para negar la condición de refugiado a un solicitante de protección internacional; MARX, R., “The Criteria of Applying the «Internal Flight Alternative» Test in National Refugee Status Determination Procedures”, *IJRL*, vol. 14, n. 2/3, 179-218, p. 180.

⁶⁵⁴ STEDH de 27 de junio de 2013, *S.A. c. Suecia*, demanda n. 66523/10, párr. 53; STEDH de 27 de junio de 2013, *M.Y.H. y otros c. Suecia*, demanda n. 50859/10, párr. 62; STEDH de 11 de enero de 2007, *Salah Sheekh c. Países Bajos*, demanda n. 1948/04, párr. 141; STEDH de 6 de marzo de 2001, *Hilal c. Reino Unido*, demanda n. 45276/99, párrs. 67 y 68; STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, demanda n. 22414/93, párr. 98.

⁶⁵⁵ STEDH de 11 de enero de 2007, *Salah Sheekh c. Países Bajos*, demanda n. 1948/04, párr. 141; TEDH de 7 de marzo de 2000 (decisión de admisibilidad), *T.I. c. Reino Unido*, demanda n. 43844/98.

⁶⁵⁶ En un asunto relativo a un musulmán suní iraquí procedente de Mossul, el TEDH considera que, a pesar de ciertos problemas de credibilidad respecto a una supuesta orden de arresto y el juicio en rebeldía, el demandante se encuentra en una situación de riesgo real de tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes por parte de al-Qaeda en Iraq, debido a su negativa a disculparse por declaraciones ofensivas y religiosas. Tanto en este caso, como en el caso *W.H. c. Suecia*, el TEDH considera que los demandantes pueden trasladarse de manera segura de las denominadas KRI (“Kurdistan Region of Iraq”). Por tanto, la expulsión no implica una violación del art. 3 del CEDH, siempre y cuando no se expulse a los demandantes a una parte de Iraq situada fuera de las KRI; STEDH de 3 de abril de 2014, *A.A.M. c. Suecia*, demanda n. 68519/10.

⁶⁵⁷ STEDH de 23 de agosto de 2016, *J.K. y otros c. Suecia*, demanda n. 59166/12, párr. 82; STEDH de 27 de junio de 2013, *D.N.M. c. Suecia*, demanda n. 28379/11, párr. 54; STEDH de 28 de junio de 2011, *Sufi y Elmi c. Reino Unido*, demanda nos. 8319/07 y 11449/07, párr. 266; STEDH de 11 de enero de 2007, *Salah Sheekh c. Países Bajos*, demanda n. 1948/04, párr. 28.

propone reubicar al demandante, nacional de la República Árabe Siria, en Damasco. Empero, no facilita ningún elemento al TEDH que demuestre que la situación en Damasco es lo suficientemente segura como para enviar allí al demandante, o que este podría viajar de Damasco a una zona segura en la República Árabe Siria⁶⁵⁸.

En *Hilal c. Reino Unido*, este último Estado propone que el demandante, nacional de Zanzíbar, sea expulsado a la parte continental de Tanzania, alegando que se trata de una zona más segura. No obstante, el TEDH, a la luz de los informes que le son presentados, observa que la situación en la parte occidental de Tanzania está lejos de ser satisfactoria en materia de DDHH. Lo que sumado a la posibilidad de un reenvío por parte de Tanzania a Zanzíbar, son motivos suficientes para que se considere que la posibilidad de proceder a un “internal flight” no ofrece una garantía fiable contra el riesgo de tratos contrarios al art. 3 del CEDH⁶⁵⁹.

El recurso a los “internal flight” no suele plantear la incompatibilidad con el CEDH si el riesgo de tratos contrario al art. 3 del CEDH proviene de grupos de personas que actúan a título privado. En cambio, si el riesgo proviene de las autoridades estatales, su poder de actuación, generalmente, se propaga por todo el territorio estatal⁶⁶⁰. En este caso es muy relevante la estabilidad del área propuesta para la reubicación, pues a mayor inestabilidad, mayor es el riesgo de que la zona se encuentre bajo la influencia de las autoridades centrales⁶⁶¹. Más en concreto, si el riesgo proviene de los Gobiernos locales o regionales del Estado de origen del extranjero, se entiende que si una autoridad del Gobierno central no interviene para evitar la persecución de un Gobierno local, un “internal flight” no garantiza una protección efectiva para el sujeto⁶⁶².

Lo mismo ocurre en el supuesto de que el riesgo provenga de la pertenencia del demandante a una minoría perseguida en el Estado de destino. Generalmente, la

⁶⁵⁸ STEDH de 14 de febrero de 2017, *S.K. c. Rusia*, demanda n. 52722/15, pár. 62.

⁶⁵⁹ STEDH de 6 de marzo de 2001, *Hilal c. Reino Unido*, demanda n. 45276/99, párs. 67 y 68.

⁶⁶⁰ En *Chahal c. Reino Unido*, los informes revelan graves violaciones de los DDHH cometidas por la policía, ya no solo en la provincia natal del demandante –Punjab–, sino en otras partes de la India. En este caso, la alternativa a la reubicación en el Estado de destino no estaría permitida por el CEDH; STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, demanda n. 22414/93. En *Hilal*, el Tribunal acepta que la policía de Zanzíbar está estrechamente ligada a la policía de la parte continental de Tanzania por lo que, en consecuencia, no se puede considerar a las autoridades locales como una protección eficaz; STEDH de 6 de marzo de 2001, *Hilal c. Reino Unido*, demanda n. 45276/99.

⁶⁶¹ Un ejemplo de este contexto lo evidencia el norte de Iraq. Los tribunales nacionales sostienen que la zona de seguridad kurda ubicada en el norte no es suficientemente estable como para garantizar que no existe posibilidad de que la inteligencia secreta iraquí no puede actuar también en esta región; MARX, R., “The Criteria of Applying the «Internal Flight Alternative» Test in National Refugee Status Determination Procedures”, *IJRL*, vol. 14, n. 2/3, 179-218, p. 191.

⁶⁶² STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, demanda n. 22414/93, pár. 104. En este sentido, STEDH de 6 de marzo de 2001, *Hilal c. Reino Unido*, demanda n. 45276/99, pár. 67.

incapacidad de las autoridades de un Estado para proteger a personas pertenecientes a un determinado grupo se hace extensible a todas las regiones de ese Estado. En estas circunstancias, en principio, la posibilidad de una reubicación interna tampoco es posible⁶⁶³. Es necesario realizar un análisis general del área geográfica donde se va a realizar la reubicación, junto con la evaluación de las circunstancias personales del extranjero⁶⁶⁴. Por tanto, se puede concluir que existe una estrecha relación entre el germen de la persecución y la posibilidad de llevar a cabo una reubicación del extranjero en su Estado de origen acorde con el art. 3 del CEDH.

Por otro lado, en el ámbito del DUE, el art. 8.1 de la Directiva 2011/95/UE dispone que, en el caso de que un extranjero pueda ser reubicado en otra parte de su país de origen y puede viajar con seguridad y legalmente a esa parte del país, así como ser admitido en ella y esperar razonablemente que se establezca allí, los EM pueden tener en cuenta esta posibilidad para decidir que el solicitante no necesita protección internacional⁶⁶⁵. Por tanto, la existencia o no de una alternativa a la reubicación interna es parte integral de la determinación de si un solicitante de protección internacional es o no merecedor del estatuto de refugiado. Los requisitos que establece la Directiva de reconocimiento para que un EM pueda proceder a la reubicación de un extranjero en un tercer Estado, son muy similares a los criterios desarrollados por el TEDH en su jurisprudencia a la hora de

⁶⁶³ En *J.K. y otros c. Suecia*, la capacidad de las autoridades iraquíes para proteger a los demandantes – quienes colaboraron con las autoridades ocupantes en Iraq después de la guerra, por lo que eran y seguían siendo objeto de persecución por Al Qaeda– era disminuida en todo Iraq, por lo que una reubicación interna no era una opción realista en este caso; STEDH de 23 de agosto de 2016, *J.K. y otros c. Suecia*, demanda n. 59166/12, pár. 122.

⁶⁶⁴ ACNUR ha podido observar que una reincidente falla en estos casos deviene de la falta de identificación del área geográfica particular en la que el solicitante estaría a salvo de la persecución o daños graves. Esta ausencia inhibe la posibilidad de llevar a cabo las pruebas de relevancia y razonabilidad preceptivas para realizar la reubicación; además de poner en peligro la calidad de las evaluaciones individuales en base a las cuales se determina la idoneidad de la región al perfil personal del extranjero; ACNUR, “The Internal Flight Alternative Practices. A UNHCR Research Study in Central European Countries”, junio 2012, p. 7. Asimismo, sostiene que en el análisis de razonabilidad de la medida deben entrar en consideración si el solicitante se espera que pueda llevar una vida relativamente normal en la zona de reubicación; si ha sido maltratado en el pasado, el trauma psicológico que puede derivar de la reubicación en el Estado de origen; si las condiciones socioeconómicas de la zona propuesta para la reubicación se esperan que puedan asegurar la supervivencia económica del reubicado, etc.; ACNUR, “Directrices sobre Protección Internacional: La «alternativa de huida interna o reubicación» en el contexto del artículo 1^a (2) de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados”, de 23 de julio de 2003, HCR/GIP/03/04, pp. 8 a 10.

⁶⁶⁵ Una opinión distinta es la que mantiene ACNUR, quien cree que la reubicación solo puede surgir a colación de una valoración de la solicitud de asilo, sin que el estudio de la posibilidad de reubicación pueda utilizarse para negar el acceso a los procedimientos de solicitud. Este razonamiento casa con el DI de los refugiados, el cual no requiere que las personas objeto de persecución agoten todas las opciones existentes dentro de su país antes de solicitar asilo. La demanda de protección internacional no es el último recurso; ACNUR, “Directrices sobre Protección Internacional: La «alternativa de huida interna o reubicación» en el contexto del artículo 1^a (2) de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados”, de 23 de julio de 2003, HCR/GIP/03/04, p. 3.

valorar la conformidad con el CEDH de una posible reubicación interna del extranjero en el Estado de origen.

9.2. La expulsión del extranjero a un tercer Estado “seguro”: criterios de determinación

9.2.1. El principio de “*non refoulement* indirecto” como condición para la consideración de un Estado como seguro

La protección cardinal establecida en la Convención de Ginebra relativa al principio de *non refoulement* abarca cualquier medida atribuible a un Estado que pueda tener como consecuencia el regreso de un refugiado a los territorios en los que su vida o su libertad se vean amenazadas. Esto incluye el rechazo en la frontera, la interceptación y la devolución indirecta, ya sea de una persona que solicita refugio o en situaciones de afluencia máxima⁶⁶⁶. Por tanto, el DI de los refugiados no prohíbe el traslado de los refugiados a un país en el que estarían seguros⁶⁶⁷.

No obstante, uno de los eventuales peligros que conlleva la reubicación o el traslado de un extranjero a un tercer “Estado seguro”, es la posibilidad de que este tercer Estado, a su vez, reenvíe al extranjero a otro tercer Estado en el que puede ser sometido a torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes. Este reenvío no constituye una infracción de ninguna disposición expresa de la Convención de Ginebra, pero puede ser contrario al CEDH. En efecto, el TEDH mantiene que no es competente para examinar las solicitudes de asilo, ni verificar cómo los Estados cumplen sus obligaciones de conformidad con la Convención de Ginebra. Su tarea consiste en verificar si existen garantías efectivas que protejan al solicitante contra la devolución arbitraria, ya sea directa o indirecta, al país de donde ha huido⁶⁶⁸. Por tanto, el principio de no devolución puede infringirse de manera

⁶⁶⁶ AGNU, “Nota sobre protección internacional”, 13 de septiembre de 2001, A/AC.96/951, párr. 16. Por su parte, el CAT interpreta que la noción de “otro Estado” contenida en el art. 3.1 de la CCT que dispone: “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”, abarca tanto al Estado al que el individuo en cuestión está siendo expulsado, devuelto o extraditado, así como a cualquier Estado al que posteriormente, la persona pueda ser expulsada, devuelta o extraditada; CAT, “General Comment n. 1: Implementation of Article 3 of the Convention in the Context of Article 22 (Refoulement and Communications), A/53/44, annex IX, 21 November 1997, párr. 2.

⁶⁶⁷ MOLE, N. y MEREDITH, C., *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 2010, pp. 71 y 73.

⁶⁶⁸ STEDH de 23 de agosto de 2016, *J.K. y otros c. Suecia*, demanda n. 59166/12, párr. 78; STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica*, demanda n. 30696/09, párr. 286; STEDH de 26 de abril de 2005, *Muslim c. Turquía*, demanda n. 53566/99, párrs. 72 a 76; STEDH de 7 de marzo de 2000 (decisión de admisibilidad), *T.I. c. Reino Unido*, demanda n. 43844/98.

indirecta, esto es, no solo porque un Estado expulse a una persona a otro país en el que el extranjero pueda ser sujeto a tratos contrarios al art. 3 del CEDH, sino también en el caso de que este segundo Estado, a su vez, reenvíe al extranjero a un tercer Estado en el que sus DDHH sean vulnerados. Por tanto, la obligación jurídica del EP expulsor debe abarcar también la evaluación de si el Estado de destino respeta el principio de no devolución⁶⁶⁹. Es decir, si el Estado expulsor procede a la expulsión del extranjero a un Estado de tránsito, el cual, a su vez, procede a reenviar a esta persona a su Estado de origen, del que huía originariamente por el miedo a sufrir tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes.

Ningún extranjero debe ser enviado a un tercer Estado, sin una evaluación que permita constatar que la persona expulsada va a ser admitida en este Estado, que gozará de protección efectiva contra la devolución, que tendrá la oportunidad de buscar protección internacional y, en suma, que será tratada conforme a las normas internacionalmente aceptadas⁶⁷⁰. Dos ejemplos de “*non refoulement* indirecto” lo representan *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* e *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*. En el primer caso, el tribunal de Estrasburgo sostiene que los EP, cuando expulsen a un extranjero a otro Estado con el fin de que este último tramite su solicitud de asilo, deben garantizar que el Estado de destino va a adoptar las debidas garantías para evitar que el extranjero sea expulsado a su país de origen sin evaluar los riesgos de la expulsión desde el prisma del art. 3 del CEDH. En *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, el TEDH tiene información fidedigna que le permite afirmar la existencia de dificultades prácticas en la aplicación del sistema Dublín (epígrafe 9.2.2.) en Grecia, así como los defectos en el procedimiento de asilo y las devoluciones directas e indirectas, tanto de forma individual como colectiva, que lleva a cabo el Gobierno griego⁶⁷¹.

Asimismo, en *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, las autoridades italianas están obligadas a obtener garantías que permitan verificar que la expulsión de los extranjeros a Libia no supondrá, a su vez, su expulsión a Eritrea y Somalia, de donde son originarios y sufren riesgo de tratos contrarios al art. 3⁶⁷². La evaluación sobre la seguridad del Estado de

⁶⁶⁹ LAUTERPACHT, E. y BETHLEHEM, D., “El alcance y contenido del principio de no devolución: opinión”, en FELLER E., TÜRK, V. y NICHOLSON, F. (Eds.), *Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas globales de ACNUR sobre Protección Internacional*, Icaria Editorial, Barcelona, 2010, 97- 201, p. 136.

⁶⁷⁰ STEDH de 7 de marzo de 2000 (decisión de admisibilidad), *T.I. c. Reino Unido*, demanda n. 43844/98.

⁶⁷¹ STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica*, demanda n. 30696/09, pár. 347.

⁶⁷² Diversas fuentes fidedignas confirman en este caso que las personas repatriadas a Eritrea son torturadas por el simple hecho de haber abandonado el país de manera ilegal. En el caso de las personas originarias de Somalia, existe un alto riesgo de que las personas expulsadas a este lugar se veían forzadas a transitar por

tránsito tiene que tener en cuenta si el Estado es parte o no del CEDH, así como de otros instrumentos internacionales que recogen la prohibición de *non refoulement*⁶⁷³. De manera que Italia debió valorar que Libia no cumple ninguno de estos criterios. En cambio, el Gobierno italiano no atendió a los informes de ONGs y de ACNUR que ponían de manifiesto que Libia no cuenta con un sistema de tramitación de solicitudes de refugio, no reconoce los estatutos de refugiados concedidos por ACNUR y, en consecuencia, no respeta el principio de no devolución. Por tanto, son las autoridades italianas las que deben determinar de qué manera las autoridades libias cumplen con sus obligaciones internacionales respecto a la protección de los refugiados y, en concreto, la aplicación del principio de *non refoulement*⁶⁷⁴.

9.2.2. Los criterios para la determinación de “Estado seguro” a la luz de la jurisprudencia sobre el “Sistema Dublín”

Como se ha analizado en el epígrafe anterior, cuando se constata el riesgo de tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes en el Estado de origen y no es posible su reubicación en este país, otra alternativa de la que disponen los EP es la expulsión del extranjero a cualquier Estado considerado como “seguro”⁶⁷⁵. En el seno del COE no se ha regulado convencionalmente la noción de “Estado seguro”, si bien la jurisprudencia del TEDH contribuye a perfilar esta noción.

Para extraer criterios interpretativos que permitan definir qué se puede considerar como “Estado seguro”, es necesario realizar un análisis de la jurisprudencia del TEDH *sensu contrario*; es decir, valorar en el caso concreto si la expulsión al Estado en cuestión comporta un riesgo de vulneración del art. 3 del CEDH, como se plantea en *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, en el que está en juego la aplicación del “sistema Dublín”. Antes de

zonas afectadas por conflictos armados o a permanecer en campos de refugiados cuyas condiciones de vida son atroces; STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda n. 27765/09, p. 150.

⁶⁷³ STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda n. 27765/09, párs. 156 y 147.

⁶⁷⁴ En este caso los solicitantes alegan que, una vez expulsados a Libia, estos corren el riesgo de ser expulsados a Eritrea y Somalia, sus Estados de origen. En varios informes se condenaban las violaciones sistemáticas de DDHH llevadas a cabo en Eritrea, tales como: detenciones arbitrarias, torturas, condiciones de detención inhumanas, trabajo forzoso y graves restricciones a la libertad de movimiento, expresión y religión. También dan información sobre la difícil situación de los ciudadanos eritreos que logran escapar a otros países como Libia, Sudan, Egipto e Italia, siendo posteriormente repatriados; STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda n. 27765/09, p. 44.

⁶⁷⁵ La práctica de las reubicaciones o traslados de extranjeros a Estados seguros ha venido siendo común en los Estados europeos desde la década de 1980. Durante la década de 1990 estos traslados fueron aplicados de manera más sistemática, lo que constituye una base importante de la cooperación internacional, particularmente dentro de la UE; MOLE, N. y MEREDITH, C., *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 2010, p. 72.

entrar a analizar este caso, conviene dedicar unas líneas a explicar, a *grosso modo*, el funcionamiento de dicho sistema y la premisa de la que parte.

El sistema Dublín, regulado por el Reglamento 604/2013, tiene como finalidad la rápida determinación del EM responsable de tramitar la solicitud de protección internacional con el fin de garantizar el acceso efectivo y la rápida tramitación de las solicitudes, así como evitar el denominado “forum shopping”⁶⁷⁶. El Capítulo III de este Reglamento contiene una jerarquía de criterios que permiten determinar el EM responsable de tramitar la solicitud de protección internacional del extranjero. Si ninguno de ellos es aplicable al caso concreto, existe una cláusula residual que establece que, en el supuesto de que el cruce de la frontera se haya llevado a cabo de forma irregular “el Estado miembro en el que haya entrado de tal forma será responsable del examen de la solicitud de protección internacional”⁶⁷⁷. No obstante, existe la denominada “cláusula de discrecionalidad” o, también denominada “cláusula de soberanía”, que permite que cualquier EM pueda decidir examinar la solicitud de protección internacional, aun cuando a tenor de los criterios recogidos en el Reglamento no le incumba tal responsabilidad⁶⁷⁸.

Este sistema parte de la presunción de que todos los EM de la UE son Estados seguros. Por consiguiente, cabe el traslado de los solicitantes de protección internacional a todos los EM que aplican este procedimiento –además de Noruega, Islandia, Suiza y Liechtenstein–. Sin embargo, esta presunción es rechazada por el TEDH en *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*⁶⁷⁹, en el que decide que el traslado de un ciudadano afgano por parte de Bélgica a Grecia, en aplicación del procedimiento Dublín, constituye una violación de

⁶⁷⁶ Esta práctica ha sido la llevada a cabo por muchos solicitantes de asilo antes de la puesta en marcha del sistema Dublín. Fundamentalmente consiste en acudir a un segundo EM a solicitar asilo cuando el primer Estado lo deniega, así como elegir aquellos Estados donde las normas internas les son más beneficiosas o existen más recursos para una mejor subsistencia. Sobre la finalidad del sistema Dublín véase, STJUE de 21 de diciembre de 2011, *N.S. y M.E.*, asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10 apdo. 79. Véanse las Conclusiones del AG, Niilo Jääskinen presentadas el 18 de abril de 2013, *Puid*, asunto C-4/11, punto 57.

⁶⁷⁷ Art. 13.1 del Reglamento (UE) n. 604/2013.

⁶⁷⁸ Art. 17.1 del Reglamento (UE) n. 604/2013.

⁶⁷⁹ STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n. 30696/09. Véase sobre este caso en la doctrina, MORGADES GIL, S., “TEDH – Sentencia de 21.01.2011 (Gran Sala), *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, 30696/09 – «Artículos 3 y 13 CEDH – Prohibición de tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes – Reglamento (CE) N° 343/2003 de determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo (Dublín II)». El funcionamiento efectivo de la política europea de asilo ante la garantía del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes del CEDH”, *RDCE*, n. 41, 2012, 183-204; DÍAZ CREGO, M., “El asunto *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, de 21 de enero de 2011: ¿hacia un replanteamiento del sistema de Dublín tras la condena del TEDH?”, *REDE*, n. 40, 2011, 523-552; CLAYTON, G., “Asylum Seekers in Europe: *M.S.S. v Belgium and Greece*”, *Human Rights Law Review*, vol. 11, n. 4, 2011, 758-773; MAIANI, F., “L’arrêt *M.S.S./Grèce et Belgique* – De la détermination de l’Etat responsable selon Dublin à la responsabilité des Etats membres en matière de protection des droits fondamentaux (2011)”, *Revue du droit des étrangers*, n. 162, 2011, 3-19.

varios artículos del CEDH, entre ellos el art. 3⁶⁸⁰. Las circunstancias imperantes en el Estado griego en el momento de los hechos suponen una situación generalizada de violación de los DDHH de los solicitantes de protección internacional. En concreto, las deficiencias más evidentes eran: la sistemática detención, tanto de los recién llegados como de los trasladados en aplicación del Reglamento Dublín; la alta precariedad de las condiciones de detención; un deficiente procedimiento de asilo; las pésimas condiciones en las que los solicitantes residen en Grecia debido a las dificultades para encontrar comida y alojamiento, la falta de acceso a instalaciones sanitarias, etc.⁶⁸¹.

El TEDH rechaza la presunción de las autoridades belgas de que Grecia era un Estado seguro y de que las circunstancias imperantes allí eran tales que el traslado del ciudadano afgano no supone una vulneración del art. 3 del CEDH. Bélgica debía verificar con anterioridad al traslado el cumplimiento por parte de Grecia de los procedimientos de protección internacional y los demás estándares relacionados con las condiciones de vida y de detención recogidos en el CEDH, aspectos de los que adolecía el sistema jurídico griego. Bélgica no podía ampararse en una confianza interestatal automática de respeto de los DDHH, máxime cuando numerosas fuentes afirmaban y documentaban la precaria situación de los solicitantes de protección internacional en Grecia en el momento del reenvío del demandante. De hecho, esta situación había llevado a ACNUR a recomendar la suspensión de los traslados a Grecia⁶⁸².

En *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, el Gobierno belga alega que no le correspondía tramitar la solicitud de protección internacional del demandante y justifica su traslado en el cumplimiento de sus obligaciones de conformidad con el DUE. Pero según sostiene el TEDH, Bélgica podía hacer uso de la “cláusula de soberanía” para proceder al reenvío en

⁶⁸⁰ Con anterioridad a *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, en las decisiones de admisibilidad *T.I.* y *K.R.S.*, ambos contra Reino Unido, el TEDH considera que el traslado a un Estado, aun siendo este un EP del CEDH, mantiene intacta la responsabilidad del Estado expulsor de verificar si el Estado de destino se adapta a los requisitos exigidos por el art. 3 del CEDH y la jurisprudencia derivada del mismo. Si bien en estos supuestos, a diferencia de *M.S.S.*, la situación de los EP de destino llevaba a pensar que estos cumplirían con sus obligaciones de conformidad con el CEDH: STEDH de 7 de marzo de 2000 (decisión de admisibilidad), *T.I. c. Reino Unido*, demanda n. 43844/98, en este caso el traslado en el marco del sistema Dublín se produjo desde Reino Unido a Alemania; STEDH de 2 de diciembre de 2008 (decisión de admisibilidad), *K.R.S. c. Reino Unido*, demanda n. 32733/08. En este caso el traslado se produce desde Reino Unido a Grecia, si bien, las circunstancias reinantes en Grecia cuando el fallo tiene lugar son sustancialmente mejores, de acuerdo con el CEDH, que las que se daban en el asunto *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*. Basta recordar que el Tribunal debe analizar el riesgo de devolución, una vez llevada a cabo la expulsión, en base al momento en el que se efectuó.

⁶⁸¹ El TEDH falla en esta sentencia que existe una violación, por parte de Bélgica del art. 3 y del art. 13 en relación con el art. 3. Asimismo, condena a Grecia por una vulneración del art. 3 debido a las condiciones de vida y de detención en el país; STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n. 30696/09, párs. 161 a 195.

⁶⁸² STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n. 30696/09, pág. 194.

circunstancias como las reinantes en Grecia; además, recuerda que los EP siguen siendo responsables en virtud del CEDH de todos los actos y omisiones llevados a cabo en cumplimiento de otras obligaciones jurídicas: en este caso el cumplimiento del SECA⁶⁸³. Bélgica podría haber cumplido con sus obligaciones conforme al CEDH y el DUE de haber ejecutado la cláusula de soberanía⁶⁸⁴.

M.S.S. c. Bélgica y Grecia no es el último caso planteado ante el TEDH por la falta de conformidad de los traslados de solicitantes de asilo con el CEDH, en aplicación del sistema Dublín. En la mayor parte de las demandas presentadas, el TEDH ha decidido inadmitirlas a trámite debido a que no ha apreciado una vulneración del CEDH si se procede al reenvío de un solicitante a un EP, ante la falta de riesgo real e inminente y suficientemente grave como para vulnerar el art. 3 del CEDH⁶⁸⁵. No obstante, tanto en *Sharifi y otros c. Italia y Grecia* como en *Tarakhel c. Suiza*, se concluye que había habido –o habría, si se hubiera llevado cabo la expulsión en el segundo de los casos– una violación de art. 3 por el traslado de los demandantes en aplicación del sistema Dublín⁶⁸⁶.

A la vista de esta jurisprudencia, cabe concluir que el automatismo en la aplicación del sistema Dublín debe ceder ante las posibles vulneraciones de DDHH de los solicitantes de protección internacional en un determinado EM. Como señala MORGADES GIL, la cláusula de soberanía ya no es entendida como una herramienta

⁶⁸³ STEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda*, demanda n. 45036/98, p. 153.

⁶⁸⁴ STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n. 30696/09, p. 340. Véase, MAGI, L., “Protezione dei Richiedenti asilo "Par Ricochet" o rotezione "Par Moitié"? La Grande Camera Ripartisce fra Gli Stati Contraenti le Eesponsabilità per Violazione della Convenzione Europea Conseguenti al Trasferimento di un Richiedente Asilo in Attuazione del Rigolamento «Dublino II»”, *RDI*, vol. 94, n. 3, 2011, 824-832.

⁶⁸⁵ Sobre la alegación, en el marco de aplicación de Reglamento Dublín, de una vulneración de algún precepto del CEDH –además del art. 3, el art. 8, el art. 13, el art. 4 del Protocolo 4–; STEDH de 30 de mayo de 2017 (decisión de admisibilidad), *E.T. y N.T. c. Suiza e Italia*, demanda n. 79480/13; STEDH de 14 de marzo de 2017 (decisión de admisibilidad), *Justice OJEL c. Países Bajos*, demanda n. 64724/10; STEDH de 13 de septiembre de 2016 (decisión de admisibilidad), *F.M. y otros c. Dinamarca*, demanda n. 20159/16; STEDH de 4 de octubre de 2016 (decisión de admisibilidad), *M.A.-M. y otros c. Finlandia*, demanda n. 32275/15; STEDH de 30 de junio de 2015, *A.S. c. Suiza*, demanda n. 39350/13; STEDH de 13 de enero de 2015 (decisión de admisibilidad), *A.M.E. c. Países Bajos*, demanda n. 51428/10; STEDH de 21 de octubre de 2014, *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, demanda n. 16643/09; STEDH de 3 de julio de 2014, *Mohammadi c. Austria*, demanda n. 71932/12; STEDH de 7 de mayo de 2014, *Safaii c. Austria*, demanda n. 44689/09; STEDH de 18 de junio de 2013 (decisión de admisibilidad), *Abubeker c. Austria e Italia*, demanda n. 73874/11; STEDH de 18 de junio de 2013 (decisión de admisibilidad), *Halimi c. Austria e Italia*, demanda n. 53852/11; STEDH de 2 de abril de 2013 (decisión de admisibilidad), *Mohammed Hussein c. Países Bajos*, demanda n. 27725/10.

⁶⁸⁶ Si bien, en *Tarakhel* se concluye la violación del art. 3 en el caso de proceder al reenvío del solicitante de Suiza a Italia; en *Sharifi y otros* el TEDH determina la vulneración, por parte de Grecia, del art. 13 en relación con el art. 3 del CEDH así como del art. 4 del Protocolo n. 4, así como la vulneración del art. 3 y del art. 13 en relación con el art. 3 y el art. 4 del Protocolo 4 del CEDH por parte de Italia; STEDH de 4 noviembre de 2014, *Tarakhel c. Suiza*, demanda n. 29217/12; STEDH de 21 de octubre de 2014, *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, demanda n. 16643/09.

discrecional, sino como una garantía de cumplimiento del sistema regional europeo y de determinadas garantías básicas recogidas en el CEDH⁶⁸⁷.

En definitiva, no todos los EM de la UE o del COE, por la simple membresía, son Estados “seguros”. Las obligaciones jurídicas internacionales contraídas por los EP no sirven de justificación para vulnerar lo dispuesto en el CEDH y dejar de lado la jurisprudencia del TEDH. En suma, para el TEDH el origen del riesgo no altera el nivel de protección garantizado por el CEDH ni las obligaciones que impone al Estado que dicta la orden de expulsión, quien debe examinar en detalle y de forma individual la situación de la persona contra la que se impone la medida. Esto implica la suspensión de la expulsión si se demuestra que existe un riesgo de tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de ejecutarse la expulsión⁶⁸⁸.

Por su parte, el TJUE mantiene que el SECA se basa en la plena y total aplicación de la Convención de Ginebra de 1951 y en la garantía de que ninguna persona sea trasladada a un país en el que sufra persecución⁶⁸⁹. Este Tribunal considera que el SECA ha sido gestado en un contexto que permite presuponer que, tanto los EM como los terceros Estados que participan en él, respetan las garantías contempladas en la Convención de Ginebra y el Protocolo de 1967, así como en el CEDH y el resto de derechos fundamentales contemplados en otros tratados, existiendo una confianza mutua de los EM acerca del cumplimiento de estos tratados⁶⁹⁰. Por tanto, corresponde a los EM procurar

⁶⁸⁷ MORGADES GIL, S., “TEDH - Sentencia de 21.01.2011 (Gran Sala), M.S.S. c. Bélgica y Grecia, 30696/09 — «Artículos 3 y 13 CEDH — Prohibición de tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes — Reglamento (CE) Nº 343/2003 de determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo (Dublín II)». El funcionamiento efectivo de la política europea de asilo ante la garantía del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes del CEDH”, *RDCE*, n. 41, 2012, 183-204, p. 194 y 195.

⁶⁸⁸ Asimismo, la confianza mutua “ciega” entre los EM de la UE a la hora de aplicar el SECA también es cuestionada por el CDH. En concreto, respecto al traslado de los autores de la comunicación a Bulgaria por parte de Dinamarca, en aplicación del sistema Dublín, el CDH recuerda que: “los Estados partes deben ponderar debidamente el riesgo real y personal a que podría quedar expuesto quien fuese deportado y considera que incumbe al Estado parte efectuar una evaluación individualizada del riesgo a que quedarían expuestos los autores y su hijo en Bulgaria en lugar de actuar sobre la base de informes generales y del supuesto de que, como en el pasado los autores tuvieron protección subsidiaria, en principio tendrían derecho ahora al mismo grado de protección”; CDH, comunicación n. 2608/2015, *R.A.A. y Z. M. c. Dinamarca*, CCPR/C/118/D/2608/2015, 28 de octubre de 2016, párr. 7.8.

⁶⁸⁹ STJUE de 17 de junio de 2010, *Nawras Nalbol*, asunto C-31/09, apdo. 38; STJUE de 2 de marzo de 2010, *Salahadin Abdulla y otros*, asuntos acumulados C-175/08, C-176/08, C-178/08 y C-179/08, apdo. 53.

⁶⁹⁰ STJUE de 21 de diciembre de 2011, *N.S. y M.E.*, asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10 apdo. 78. Respecto a la consideración de la dimensión de los derechos fundamentales del sistema de asilo europeo ver LENAERTS, K., “The contribution of the European Court of Justice to the area of freedom, security and justice”, *ICLQ*, vol. 59, n. 2, 2010, 255-301, p. 298. En cualquier caso, como señala GARCÍA ANDRADE, “el reconocimiento mutuo y la confianza mutua son, según los Tratados, principios rectores de las políticas de la UE relativas a la cooperación judicial civil y la cooperación policial y judicial penal, pero no de las políticas de inmigración y de asilo”; GARCÍA ANDRADE, P., “La responsabilidad de examinar una solicitud de asilo en la UE y el respeto de los Derechos fundamentales: comentario a la

que la interpretación que realicen de una norma del DUE no entra en conflicto con los compromisos que han asumido en otros convenios internacionales.

No obstante, el tribunal de Luxemburgo no tarda en hacerse eco de *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*. En concreto, en *N.S. y M.E. y otros* el tribunal de Luxemburgo:

“se opone a la aplicación de una presunción irrefutable según la cual el Estado miembro que el artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 343/2003 designa como responsable, respeta los derechos fundamentales de la Unión”⁶⁹¹.

Por tanto, los EM no pueden ignorar las circunstancias reinantes en el EM de destino o dar por cumplidos los compromisos asumidos por este con los derechos fundamentales. Si existen motivos para creer que el EM de destino presenta circunstancias que implican un trato contrario al art. 4 de la CDFUE, como pueden ser las condiciones de vida, de detención, deficiencias sistemáticas en el procedimiento de asilo⁶⁹², etc., el traslado implica una vulneración de dicha disposición. En estos supuestos, el EM encargado de efectuar el traslado debe atender a los criterios establecidos en el Reglamento Dublín para

sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2011 en los asuntos *N.S. y M.E. y otros*”, *RGDE*, n. 27, 2012, 1-34, p. 13. En relación al principio de confianza mutua véase, LABAYLE, H., “Droit d’asile et confiance mutuelle: regard critique sur la jurisprudence européenne”, *Cahiers de Droit Européen*, n. 3, 2014, 501-534, en especial la p. 528.

⁶⁹¹ STJUE de 21 de diciembre de 2011, *N.S. y M.E. y otros*, asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10, apdo. 105. Esta jurisprudencia es reiterada posteriormente por el TJUE en, STJUE de 10 de diciembre de 2013, *Abdullahi*, asunto C-394/12. Como se ha señalado, con *M.S.S. c. Bélgica y Grecia y N.S.* ambos órganos judiciales parecen haber alcanzado una “suerte de acuerdo en cuanto a la inversión de la presunción del respeto de los derechos humanos”; CORTÉS MARTÍN, J.M., *Avatares del proceso de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Reus Editorial, Madrid, 2018, p. 177.

⁶⁹² El concepto de “deficiencias sistemáticas” al que se refiere el TJUE en su jurisprudencia, siendo un concepto indeterminado por su generalidad, puede interpretarse como complicaciones en el sistema de tramitación de asilo. Sin duda es tarea del Tribunal llenar de contenido esa terminología y definir el grado de gravedad de la falla del sistema de recepción y tramitación. Aunque no existe un criterio exacto en el seno de la UE que permita determinar qué grado de deficiencias sistemáticas deben darse para no reenviar al solicitante de asilo al EM competente de la tramitación de su solicitud, se puede atisbar la prudencia del tribunal de Luxemburgo a la hora de prohibir ese reenvío por estos motivos. Si la mínima ineficacia por parte del EM responsable de la solicitud impidiera el traslado del solicitante a este territorio, se estaría añadiendo que, al examen de jerarquía de los criterios de determinación del Estado responsable de la solicitud, se exige que la más mínima infracción de los DDHH podría conllevar que se quedara eximido de su obligación, comprometiendo con ello el objeto de este entramado normativo cifrado en determinar de forma rápida el EM responsable de examinar una petición de protección internacional en la UE. Por tanto, el TJUE es partidario de proceder a no realizar ese traslado solo cuando hubiera razones fundadas para temer que existen deficiencias sistemáticas en el procedimiento de asilo y en las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo en el EM responsable en el sentido del art. 4 de la CDFUE; STJUE de 21 de diciembre de 2011, *N.S. y M.E.*, asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10, apdos. 85 y 86. Es conveniente poner de manifiesto que los hechos tuvieron lugar en 2010, año en el que Grecia comienza a definirse como la principal puerta de entrada a la UE, soportando la entrada del 90% de los inmigrantes en situación administrativa irregular que llegaban a la UE. Debido a la imposibilidad material de afrontar tal situación y las deficiencias sistemáticas que esto acarrea en la tramitación de los procedimientos de asilo, los solicitantes temían ser reenviados a Grecia por el bajo porcentaje de concesiones de asilo dadas en el Estado Griego, las inadecuadas condiciones de acogida y la falta de asistencia básica.

encontrar a otro EM responsable. Si de conformidad con estos criterios, no puede determinarse a otro Estado como responsable, el encargado será el primer EM en el que el solicitante presentó su solicitud. En el supuesto de que la determinación del Estado encargado de la tramitación se exceda en el tiempo de lo razonablemente necesario, le corresponde tramitar la solicitud al Estado donde se encuentre el solicitante, en virtud de la cláusula de soberanía⁶⁹³.

Por tanto, el TJUE asume la jurisprudencia del TEDH en *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* en casi todos sus puntos. Sobre todo, no se puede albergar una confianza ciega acerca de que todos los EM de la UE respetan los DDHH. Los procedimientos migratorios europeos se deben supeditar al respeto de los DDHH. Además, a juzgar por el tenor literal del pronunciamiento del TJUE, este órgano judicial confirma el carácter obligatorio que adquiere la cláusula de soberanía en determinados casos⁶⁹⁴.

Sin embargo, a diferencia del TEDH, el TJUE considera que los traslados no deben efectuarse únicamente cuando los EM no puedan ignorar las deficiencias sistemáticas del procedimiento de asilo, las cuales deben constituir motivos serios y acreditados para pensar que el solicitante corre un riesgo de trato contrario al art. 4 de la Carta en caso de traslado⁶⁹⁵. Esta afirmación implica, como expresamente señala el TJUE que:

“no cabe deducir de ello que toda vulneración de un derecho fundamental por parte de un Estado miembro responsable afectará a las obligaciones de los demás Estados miembros de respetar las disposiciones del Reglamento n° 343/2003 [...] No sería compatible con los objetivos y el sistema del Reglamento n° 343/2003 que el más mínimo incumplimiento de las Directivas 2003/9, 2004/83 o 2005/85 bastara para que

⁶⁹³ STJUE de 21 de diciembre de 2011, *N.S. y M.E. y otros*, asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10, apdos. 86, 94 a 98.

⁶⁹⁴ Sobre la interpretación de la cláusula de soberanía en el Reglamento Dublín II; STJUE de 30 de mayo de 2013, *Halaf*, asunto C-528/11, apdos. 33 a 39; STJUE de 6 de noviembre de 2012, *K. y Bundesasylamt*, asunto C-245/11, apdo. 54. En el asunto C-4/11, el TJUE se remite al caso del TEDH, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, además de a su sentencia *N.S. y M.E. y otros*. A tenor de lo establecido anteriormente acerca del obligado uso de la cláusula de soberanía en determinados supuestos, “en esa situación, la imposibilidad de trasladar a un solicitante de asilo al Estado miembro inicialmente designado como responsable no implica, en cuanto tal, que el Estado miembro que proceda a la determinación del Estado miembro responsable esté obligado a examinar él mismo la solicitud de asilo con arreglo al artículo 3, apartado 2, del Reglamento”. No obstante, el TJUE ya ha eliminado la opción de que reine el carácter imperativo en la aplicación de la cláusula en otros supuestos; STJUE de 14 de noviembre de 2013, *Puid*, asunto C-4/11, apdos. 24 a 37. De un modo más general, el TJUE ya ha manifestado que no existen límites respecto a al uso, por parte de los EM, de esta cláusula; STJUE de 30 de mayo de 2013, *Halaf*, asunto C-528/11, apdos. 36 a 39.

⁶⁹⁵ STJUE de 21 de diciembre de 2011, *N.S. y M.E. y otros*, asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10, apdo. 94.

no se produjera el traslado del solicitante de asilo al Estado miembro en principio responsable”⁶⁹⁶.

Por tanto, el TJUE establece niveles bastante altos de vulneración de los DDHH a la hora de determinar la licitud del traslado de los solicitantes a un EM de la UE en aplicación del sistema Dublín. Esto es: si las vulneraciones de derechos fundamentales son “nimias”, se procederá al traslado; si se trata de vulneraciones de DDHH sistemáticas o graves, no cabe el traslado. Merece una valoración en sentido crítico que el TJUE no establezca criterios que permitan determinar los actos o infracciones que merecen la consideración de deficiencias sistemáticas en el procedimiento de asilo de un EM para que, en ese caso, no quepa el traslado⁶⁹⁷.

La jurisprudencia, tanto del TEDH como del TJUE, en este sentido ha tenido varias repercusiones. Por un lado, en su momento, dio lugar al cese de los traslados a Grecia de solicitantes de protección internacional, de conformidad con el Reglamento de Dublín, por las deficiencias sistemáticas detectadas en el sistema griego de asilo⁶⁹⁸. Por otro lado, el legislador de la UE se ha hecho eco de toda esta jurisprudencia a la hora de diseñar el denominado “Reglamento Dublín III”, citado al comienzo de este epígrafe⁶⁹⁹. Además la adopción del art. 3.2 del Reglamento Dublín III a *M.S.S. c. Bélgica y Grecia y N.S. y*

⁶⁹⁶ STJUE de 21 de diciembre de 2011, *N.S. y M.E. y otros*, asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10, apdos. 82 y 84.

⁶⁹⁷ No obstante, como señala GARCÍA ANDRADE: “debería recordarse expresamente que la cláusula de soberanía seguirá erigiéndose [...] para prevenir tales riesgos en el sistema de Dublín ante situaciones menos excepciones o riesgos individualizados”; GARCÍA ANDRADE, P., “La responsabilidad de examinar una solicitud de asilo en la UE y el respeto de los Derechos fundamentales: comentario a la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2011 en los asuntos N.S. y M.E. y otros”, *RGDE*, n. 27, 2012, 1-34, p. 30.

⁶⁹⁸ Con la finalidad de paliar tales deficiencias, entre febrero y septiembre de 2016, la Comisión remite tres recomendaciones a Grecia sobre las medidas urgentes a adoptar con la finalidad de reanudar los traslados en virtud del sistema operativo interestatal, a partir de marzo de 2015; Recomendación (UE) 2016/2256 de la Comisión de 8 de diciembre de 2016 dirigida a los Estados miembros relativa a la reanudación de los traslados a Grecia en virtud del Reglamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo. Bruselas, 8 de diciembre de 2016 (*DOUE* L 340/60, de 15 de diciembre de 2016; Recomendación (UE) 2016/1871 de la Comisión de 28 de septiembre de 2016, dirigida a la República Helénica sobre las medidas específicas urgentes que Grecia debe adoptar con vistas a la reanudación de los traslados en virtud del Reglamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo. Bruselas, 28 de septiembre de 2016 (*DOUE* L 286/75, de 21 de octubre de 2016); Recomendación (UE) 2016/1117 de la Comisión, de 15 de junio de 2016, dirigida a la República Helénica sobre las medidas concretas urgentes que Grecia debe adoptar con vistas a la reanudación de los traslados en virtud del Reglamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo. Bruselas, el 15 de junio de 2016 (*DOUE* L 186/28, de 9 de julio de 2016).

⁶⁹⁹ De hecho, el legislador ha introducido las mejores necesarias, ya no solo en lo que respecta a la eficacia del sistema, sino también a la protección que dicho sistema concede a los solicitantes de asilo; STJUE de 16 de febrero de 2017, *C.K. y otros*, asunto C-578/16 PPU, apdo. 61. A este respecto, en lo que atañe a los derechos conferidos a los solicitantes de asilo, el Reglamento Dublín II difiere en aspectos esenciales del Reglamento Dublín III; STJUE de 7 de julio de 2016, *Ghezlbash*, asunto C-63/15, apdo. 34.

M.E. y otros, se hace especial mención en los considerandos del Reglamento a la jurisprudencia del TEDH y al art. 4 de la Carta⁷⁰⁰.

Se debe añadir, a este respecto, que en relación a la noción de tercer Estado seguro a los efectos de expulsión, actualmente doce EM de la UE disponen de una lista de países de origen seguros⁷⁰¹. La Comisión Europea ha propuesto la adopción de una lista común de Estados seguros, entre los que se encuentran Albania, Bosnia y Herzegovina, Antigua República Yugoslava de Macedonia, Kosovo, Montenegro, Serbia y Turquía⁷⁰².

En su jurisprudencia, el TJUE ha hecho referencia a esta lista con la finalidad de dotar de validez, conforme al DUE, al traslado de un solicitante de asilo a uno de estos terceros Estados “seguros”, Serbia⁷⁰³. Concretamente, “el hecho de que un Estado

⁷⁰⁰ STJUE de 16 de febrero de 2017, *C.K. y otros*, asunto C-578/16 PPU, apdo. 63. Sobre un auto del TJUE en el que hace mención de manera colateral a la cláusula de discrecionalidad en el marco de Dublín III, véase, Auto del TJUE de 5 de abril de 2017, *Ahmed*, asunto C-36/17.

⁷⁰¹ Los EM que actualmente disponen de esas listas son: Austria, Bélgica, Bulgaria, República Checa, Dinamarca, Francia, Alemania, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Eslovaquia y Reino Unido. Véanse los terceros países considerados seguros a efectos de las listas nacionales de estos Estados; Comisión Europea, “La lista común a la UE de Países de origen seguros”. Disponible en: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/2_eu_safe_countries_of_origin_es.pdf Algún autor mantiene que: “la política del tercer país seguro no representa una solución duradera para el problema de los refugiados, pues estos terceros destinos pueden no ser capaces de garantizar los derechos que tienen los refugiados”, VILLENNA DEL CARPIO, D.F.S. y ANNONI, D., “Rechazo a los refugiados: políticas de los Estados para combatir los flujos de refugiados y responsabilidad de proteger”, *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho*, vol. 19, n. 38, 2016, 43-59, p. 57.

⁷⁰² Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece una lista común a la UE de países de origen seguros a efectos de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, y por el que se modifica la Directiva 2013/32/UE, COM(2015) 452 final. Bruselas, 9 de septiembre de 2015. La finalidad declarada de esta lista no es otra que la de facilitar la rápida tramitación de las demandas de protección internacional de nacionales de terceros Estados procedentes de los países que se encuentren recogidos en dicha lista. Además de subsanar algunas de las divergencias existentes en las listas elaboradas por los EM; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, “Hacia una reforma del Sistema Europeo Común de Asilo y una mejora de las vías legales a Europa”, COM(2016) 197 final. Bruselas, 6 de abril de 2016, p. 10. Como apunta el CESE: “la adopción de un listado común de País de Origen Seguro no necesariamente redundará en una mayor armonización, ya que permite la convivencia de este listado común con los listados nacionales de cada Estado miembro”; Dictamen del CESE sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece una lista común a la UE de países de origen seguros a efectos de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional y por el que se modifica la Directiva 2013/32/UE, [COM(2015) 452 final], (2016/C 071/13). Bruselas, 10 de diciembre de 2015 (*DOUE* de C 71/82, de 24 de febrero de 2016), p. 4.3.

⁷⁰³ STJUE de 17 de marzo de 2016, *Mirza*, asunto C-695/15 PPU. El caso concretamente versa sobre un nacional paquistaní que entra irregularmente en Hungría desde Serbia. Después de una primera solicitud de asilo en territorio húngaro, antes de que esta se resolviera, abandona el lugar designado para residir que las autoridades húngaras le señalan y es detenido en la República Checa cuando intenta llegar a Austria. Hungría lo readmite, y el solicitante presenta una segunda solicitud de protección internacional en este Estado, al haber sido suspendida la primera ante la retirada implícita del demandante. Sobre esta segunda solicitud, sin llegar al fondo, Hungría determina la inadmisibilidad de la demanda y concluye que podía ser devuelto a Serbia, al considerarlo un Estado seguro y al no alegar el demandante un riesgo que demuestre que no es un país seguro para él.

miembro haya reconocido ser responsable del examen de una solicitud de protección internacional en virtud del Reglamento Dublín III no impide que ese Estado miembro envíe posteriormente al solicitante a un tercer país seguro⁷⁰⁴.

Se debe poner de relieve que en la lista de Estados seguros elaborada por la Comisión Europea, se encuentran Estados tales como Kosovo, que no ha ratificado la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados⁷⁰⁵. Llama la atención a este respecto que, según lo dispuesto en la Directiva 2013/32/UE, concretamente en el art. 38, letras c) y e), dos de los requisitos para considerar un tercer país como seguro son: por un lado, que respete el principio de no devolución de conformidad con la Convención de Ginebra y, por otro lado, que el solicitante pueda solicitar el estatuto de refugiado en el tercer Estado y, en su caso, reciba protección conforme lo previsto en la Convención de 1951. Además, no resulta baladí poner de relieve que según las recomendaciones de viaje publicadas por el Ministerio de Asuntos Exteriores, UE y cooperación de España, dentro de las zonas de riesgo para la seguridad ciudadana que deben ser evitadas en Serbia, se recomienda no viajar a la provincia de Kosovo⁷⁰⁶.

También cabe cuestionar la consideración de Turquía como Estado seguro. El número de sentencias condenatorias por parte del TEDH demuestra que no se trata de un Estado que, generalmente, tenga un adecuado nivel de respeto de los DDHH⁷⁰⁷. Además, el estatus de país candidato a la adhesión a la UE, que alega la Comisión Europea como argumento para su inclusión en la lista de Estado seguro, no supone que el Estado cumpla

⁷⁰⁴ STJUE de 17 de marzo de 2016, *Mirza*, asunto C-695/15 PPU, apdo. 46 y apdo. 1 de la parte dispositiva

⁷⁰⁵ Véase su ausencia en el listado de Estados contratantes de la Convención en: https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-2&chapter=5&Temp=mtdsg2&clang=en

⁷⁰⁶ Véanse las recomendaciones de viaje publicadas por el Ministerio de Asuntos Exteriores del Gobierno español respecto a Serbia, donde habla de la seguridad de Kosovo en: <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/ServiciosAlCiudadano/SiViajasAlExtranjero/Paginas/DetalleRecomendacion.aspx?IdP=162>

⁷⁰⁷ Según los últimos datos aportados por el TEDH, en 2017, el TEDH tramitó 31.053 demandas relativas a Turquía, de las que 30.063 fueron declaradas inadmisibles o suprimidas. Finalmente, el TEDH emitió 116 sentencias (relativas a 990 solicitudes), 99 de las cuales constataron al menos una violación del CEDH; Véanse estos datos en la ficha de Turquía en relación al cumplimiento del CEDH, elaborada por el COE (Última actualización: octubre de 2018). Disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/CP_Turkey_ENG.pdf Según los últimos datos aportados por el TEDH, del total de 3753 casos transmitidos al departamento de ejecución de sentencias del TEDH, por vulneración del CEDH por parte de Turquía, desde la entrada en vigor del CEDH para España el 18 de mayo de 1954, 2408 han sido cerrados por medio de resolución final, lo que implica una ejecución efectiva de la sentencia. Véanse las estadísticas en, Department for the execution of judgments of the European Court of Human Rights, Turkey (Última actualización: 4 de octubre de 2018). Disponible en: <https://rm.coe.int/tur-eng-fs4/1680709767>

con los Criterios de Copenhague en el momento en el que es incorporado a la lista⁷⁰⁸. Estos motivos, entre otros, han motivado que en abril de 2018 los eurodiputados propusieran eliminar a Turquía de la lista de Estados seguros de la Comisión⁷⁰⁹.

El establecimiento de una lista de Estados seguros con el fin de proceder a la expulsión de extranjeros conlleva un riesgo intrínseco de vulneración del art. 3 del CEDH. Como se puede observar de la jurisprudencia del TEDH analizada en el epígrafe 9.2., la valoración del riesgo conlleva una evaluación de las circunstancias imperantes en el Estado de destino, unido al examen de las circunstancias personales del extranjero objeto de expulsión. Por tanto, la adopción de una lista de “Estados seguros” sin analizar las circunstancias imperantes en el momento de la expulsión, así como el riesgo personal de persecución del extranjero, va manifiestamente en contra de los parámetros interpretativos desarrollados por el TEDH en su jurisprudencia sobre el art. 3 del CEDH. Como mejor opción, se debe abogar por una lista de “criterios para determinar la seguridad de un Estado” a los efectos de expulsión y con la finalidad de eliminar el riesgo de tratos contrarios al art. 2 y 3 del CEDH, tal y como hace el TEDH en su jurisprudencia acerca de las garantías diplomáticas (epígrafe 8.2). Lista que se debería aplicar con un enfoque casuístico, a la hora de valorar en cada caso concreto la conformidad con el CEDH de la expulsión de un extranjero.

10. A MODO DE RECAPITULACIÓN

En su Proyecto la CDI dedica dos disposiciones a la prohibición de la tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes como límite a la expulsión de extranjeros. El art. 17 establece tal prohibición por parte del Estado expulsor con relación a un extranjero objeto de expulsión. Y el art. 24 preceptúa que no es posible expulsar a un

⁷⁰⁸ A este respecto, a pesar de afirmarse que el Estado turco cumple con los criterios de Copenhague, ineludibles para la adhesión, no es aventurado apuntar un escepticismo respecto del cumplimiento de uno de los criterios necesarios: la estabilidad de las instituciones que garanticen la democracia, el Estado de Derecho, los DDHH y el respeto y la protección de las minorías. Ello obedece, entre otros factores, a la inestabilidad del país debido a los reiterados golpes de Estado. Algunos informes de ONGs señalan las carencias en el sistema de petición de asilo, además de documentar el maltrato hacia algunos solicitantes llegados a territorio turco y la devolución de solicitantes sirios a zonas de guerra; Amnistía Internacional, “No Safe Refugee. Asylum-Seekers and Refugees Denied Effective Protection in Turkey”, junio 2016. Disponible en: <https://www.amnesty.org/en/documents/eur44/3825/2016/en/>; así como a la proclamación, en numerosas ocasiones del Estado de emergencia, lo que permite llevar a cabo violaciones de DDHH sobre todo en zonas de Kurdistán.

⁷⁰⁹ Véase en prensa, Noticias del Parlamento Europeo, “MEPs support reforms to speed up assessment of asylum requests in the EU”, de 25 de abril de 2018. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20180423IPR02320/meps-support-reforms-to-speed-up-assessment-of-asylum-requests-in-the-eu>

extranjero a un Estado en el que esté en peligro de ser sometido a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

En primer lugar, y con carácter general, gracias al desarrollo de la estructura institucional en el ámbito europeo y la creación de un órgano judicial con competencia obligatoria en materia de DDHH, el TEDH, este ha construido un corpus jurisprudencial sobre el principio de no devolución de extranjeros, en aplicación del art. 3 del CEDH, que ha ampliado la protección ofrecida al extranjero por el principio de *non refoulement* previsto en el DI de los Refugiados. El principio de no devolución presenta un contenido más garante con los DDHH de los extranjeros y erosiona aún más la soberanía estatal, en comparación con la protección establecida en el DI de los Refugiados. Según el TEDH, el carácter absoluto del art. 3 del CEDH no permite que un Estado, aun por motivos de orden público y seguridad nacional, expulse a un extranjero cuando con ello exista un riesgo de que vaya a sufrir la vulneración de este precepto en el Estado de origen. Si bien, por lo general, el TEDH no considera que la expulsión de un extranjero a un Estado donde corre el riesgo de infracción del art. 3 del CEDH, puede calificarse de tortura; en su jurisprudencia suele basarse en la noción de trato inhumano o degradante.

El principio de no devolución que el TEDH ha desarrollado en su jurisprudencia, presenta un contenido más amplio que el principio de *non refoulement* regulado en el DI de los Refugiados, debido a que el alcance de la protección ofrecida por el TEDH incluye también a sujetos que no son ni solicitantes ni beneficiarios del estatuto de refugiado. Asimismo, la Convención de Ginebra no dice nada acerca de la prohibición de expulsión a Estados “seguros” cuando cabe la posibilidad de reenvío a Estados “no seguros”, cuestión que sí aborda el TEDH en su jurisprudencia siempre con el objetivo de garantizar que no exista riesgo de vulneración del art. 3 del CEDH si se lleva a cabo la expulsión del extranjero. Además, el principio de no devolución se aplica a cualquier forma de expulsión de extranjeros, como es la extradición, forma de transferencia que no contempla el DI de los Refugiados, ni el Proyecto de la CDI. Por tanto, se puede afirmar que la protección que ofrece el TEDH en este ámbito es más garante con los DDHH de los extranjeros, en comparación tanto con la que ofrece el DI de los refugiados, como la que propone la CDI en su Proyecto. El TEDH, a partir del carácter absoluto y la interpretación progresista de los derechos recogidos en el CEDH, desarrolla un “principio de no devolución” autónomo y más garantista de los DDHH, siempre en el marco del subsistema regional de DI que constituye el COE.

En segundo lugar, en la valoración del riesgo en caso de expulsión, el TEDH muestra una evidente armonía con la práctica desarrollada a nivel internacional por el CAT, al establecer un balance entre la situación generalizada en el Estado de origen y las circunstancias personales del sujeto. En este sentido, el estudio de la jurisprudencia muestra que la constatación de un elemento de riesgo –objetivo o subjetivo– minimiza la exigencia del otro elemento. Con independencia de que el riesgo derive de factores objetivos o subjetivos, la circunstancia más relevante para que el TEDH evidencie el riesgo en caso de devolución es el carácter actual de las amenazas.

El tercer lugar, el principio de efectividad y el carácter absoluto que mantiene el TEDH en relación con el art. 3 del CEDH, también se materializa en la adopción de medidas cautelares especialmente pensadas para supuestos relacionados con la expulsión de extranjeros ante el riesgo de torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes en el Estado de destino. El carácter obligatorio de estas garantías ha sido confirmado por el TEDH en *Mamatkoulov y Askarov c. Turquía*, y su incumplimiento lleva consigo una violación del CEDH, con independencia de la concreción del riesgo para el cual se adoptan.

En cuarto lugar, el TEDH trata de establecer un equilibrio entre el carácter absoluto del art. 3 del CEDH y la soberanía de los Estados en materia de expulsión por motivos de salud. Hasta 2016 el TEDH impone un elevado umbral de gravedad en la enfermedad del extranjero para prohibir su expulsión por estos motivos. En concreto, exige que la enfermedad del extranjero se encuentre en una “fase crítica”. Sin embargo, no concreta las circunstancias que deben darse para evaluar la gravedad de la enfermedad, a los efectos de que pueda concluirse que la expulsión es contraria al art. 3 del CEDH. Se aprecia cierta incoherencia en la propia jurisprudencia del TEDH, como se evidencia en los casos *D. c. Reino Unido* y *Aswat c. Reino Unido*, en los que en alguna medida se muestra deferente con la soberanía de los Estado al justificar un alto nivel de exigencia a la gravedad de la enfermedad del extranjero, a buen seguro debido a la carga socio-económica desproporcionada que deberían de soportar los EP si se asumiera un nivel menos exigente. Pero se puede poner en discusión si esta jurisprudencia es acorde con el carácter absoluto que se atribuye al art. 3 del CEDH, y que el propio TEDH no permite quebrantar aun en contextos de carga migratoria excepcional o en situaciones relacionadas con la seguridad nacional.

A partir de 2016, con *Paposhvili* el TEDH rebaja el umbral de gravedad establecido con su jurisprudencia anterior para proteger al extranjero contra la expulsión, al valorar

circunstancias tales como la disponibilidad de tratamiento médico adecuado y disponible en el Estado de destino. De forma paulatina el TEDH se muestra más garante con los DDHH de los extranjeros, *in peius* de la deferencia con la soberanía estatal en materia de expulsión. Se confirma así en el carácter absoluto del art. 3 del CEDH, incluso en materia de expulsión por razones de salud, que sin duda es un ámbito que puede presentar importantes implicaciones socio-económicas.

En quinto lugar, el hecho de que las garantías diplomáticas no cuenten con una base jurídica que las regule, puede conllevar una falta de aplicación homogénea entre los Estados. Su empleo automático, sin analizar la fiabilidad de las mismas, también puede erosionar el carácter absoluto del art. 3 del CEDH. Pero el TEDH ha desarrollado un corpus jurisprudencial a partir de *Othman c. Reino Unido* en el que se concreta un conjunto de criterios que permiten baremar el grado de fiabilidad de estas garantías. De este modo, al menos en parte, se mitiga el riesgo intrínseco que supone la aceptación de un acuerdo con un contenido jurídico un tanto indeterminado, que pueda servir como letra de cambio para proceder a la expulsión. Estos criterios permiten al TEDH conceder o no un certificado de “Estado seguro” para el extranjero por el que son concedidas. Por lo que, a la hora de valorar su eventual veracidad y eficaz ejecución, el tribunal de Estrasburgo se basa en criterios que tienen en cuenta, tanto las circunstancias objetivas del Estado en el momento que emite las garantías diplomáticas, como la idoneidad de las mismas conforme a las circunstancias personales del extranjero.

En sexto lugar, en relación a la consideración de tercer Estado seguro, el TEDH también desarrolla una serie de criterios que permiten valorar si es de aplicación esta noción a un Estado en concreto. Si bien, la determinación de “Estado seguro” no obedece a criterios estereotipados, debe ser evaluada teniendo en cuenta las circunstancias imperantes en el Estado de destino y la afectación de ese contexto a la situación personal del extranjero en el momento de la expulsión. El TEDH rechaza en *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* presunciones *iuris et de iure* de que un Estado es seguro por el mero hecho de haberse incorporado a una OI de integración, como la UE. A pesar de que según el “Sistema Dublín” todos los EM de la UE son Estados seguros por el mero hecho de pertenecer a la misma organización. Con ello, el TEDH demuestra que el sistema de control de los DDHH erigido en el COE no se asienta en términos de presunción sino de eficacia real. En este mismo sentido, el TEDH impone medidas cautelares ante el riesgo de vulneración del art. 3 por la expulsión de un extranjero a un EM del COE, y rechaza

que el mero hecho de pertenecer a esta OI de cooperación baste para que las garantías diplomáticas ofrecidas por un EP aseguren que no se va a vulnerar el art. 3 del CEDH.

En séptimo lugar, por lo que se refiere a los “internal flight”, la lógica que subyace tanto en el plano del COE como en el de la UE es la misma que se extrapola de las situaciones en las cuales el germen del riesgo son los actores a título privado; esto es, que el Estado de origen pueda o no ejercer una protección efectiva. Por tanto, en el supuesto de que exista alguna alternativa de protección contra el riesgo de tratos contrarios en el art. 3 del CEDH en el Estado de destino, el Estado expulsor puede hacer uso de esta clase de reubicación para ejecutar su decisión de expulsar al extranjero. Por tanto, el TEDH adopta el mismo fundamento que el previsto para el DI de refugiados (Capítulo I): en el caso de que el Estado de destino, de algún modo, pueda conceder protección al extranjero, el EP se encuentra exento de conceder dicha protección bajo su jurisdicción y puede expulsar al extranjero.

En octavo lugar, el establecimiento de una lista de Estados seguros en el seno de la UE, puede entrar en colisión con la jurisprudencia del TEDH relativa a determinación la noción de “Estado seguro”. Esta jurisprudencia obliga a un análisis de conjunto de las circunstancias imperantes en el Estado de destino, junto con las circunstancias personales del extranjero objeto de expulsión en el momento de llevarse a cabo la misma. Por tanto, el establecimiento de una lista cerrada de Estados atemporal y que permita una expulsión automática sin un análisis de las circunstancias subjetivas del extranjero, puede ir en contra la jurisprudencia del TEDH sobre el carácter absoluto del art. 3. Del mismo modo que para el TEDH un Estado no es seguro por el mero hecho de ser un EM del COE, o un EM de la UE, tampoco lo debiera ser por encontrarse incluido en ninguna lista.

De *lege ferenda* es preferible que se adopte una lista europea de “criterios que permitan identificar a un Estado como seguro”. Para ello, la UE podría valerse de los criterios que desarrolla el TEDH y que permiten identificar si las garantías ofrecidas por un tercer Estado son fiables a los efectos de expedir una suerte de certificado de “Estado seguro” para el sujeto por el que se ofrecen, en el contexto actual en el que se lleva a cabo la expulsión. En este sentido, al igual que las garantías otorgadas por el mismo Estado pueden ser viables para un sujeto y no para otro, o asegurar fiabilidad en un determinado momento en función del panorama de DDHH imperante, pero no posteriormente, lo mismo ocurre con la noción de “seguro” con la que se adjetiva a un Estado a los efectos de expulsar a ese país a un extranjero.

En noveno lugar, toda la jurisprudencia analizada en el presente Capítulo permite poner de manifiesto una fructífera interacción en la labor que desarrollan el TEDH y el TJUE. El ámbito en el que más poderosamente llama la atención tal confluencia interpretativa, es el relativo a la prohibición de expulsión por motivos de salud. La jurisprudencia de ambos órganos judiciales, pertenecientes a dos OOI confluente en el territorio europeo, pero independientes entre sí, ha ido desarrollándose paralelamente hacia una aplicación más garantista con los DDHH de los extranjeros, hasta el punto de que el TJUE reconozca la protección internacional por este motivo, como se analizó en el Capítulo I.

Asimismo, la jurisprudencia establecida por el TEDH en *M.S.S.*, seguida por el TJUE en *N.S.* y desarrollada en pronunciamientos posteriores, ha supuesto una reconfiguración del denominado Sistema Dublín, de forma que la premisa de la que anteriormente partía, basada en el hecho de cualquier EM es seguro *per se*, ya no es presumible. Además, el TEDH ha ejercido su influencia en el DUE hasta el punto de reconfigurar, en cierto modo, el carácter discrecional de la “cláusula de soberanía”, para convertirla en imperativa en determinados supuestos.

El respetuoso diálogo judicial del TEDH y el TJUE en materia de expulsión de extranjeros ante el riesgo de tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes, pone de relieve que en el caso de una futura adhesión de la UE al CEDH, no deberían producirse colisiones interpretativas en la labor jurisprudencial de ambos tribunales, al menos, en este ámbito. La adhesión de la UE al CEDH permitiría al TEDH entrar a valorar el efectivo respeto en general del CEDH y más en concreto del principio de no devolución, por parte de la UE y más en particular por las Agencias de la UE, como la Guardia Europea de Fronteras y Costas. Máxime cuando la UE ha puesto en marcha un buen número de operaciones de retorno de extranjeros en el marco de la cooperación en la gestión de fronteras que lleva a cabo junto a sus EM.

En definitiva, por un lado, se puede afirmar que la jurisprudencia del TEDH en relación al art. 3 del CEDH confirma la propuesta de la CDI como expresión del DI en vigor en el ámbito regional europeo. Si bien, la jurisprudencia del TEDH va más allá del Proyecto de la CDI, al ser más garantista con los DDHH de los extranjeros. Esto se pone de manifiesto en ámbitos tales como la protección que ofrece la jurisprudencia del TEDH contra la expulsión de extranjeros cuando el riesgo en el Estado de destino proviene de actores no estatales. Así como en la protección ofrecida por el TEDH, en determinadas circunstancias, contra la expulsión de extranjeros cuando existe un riesgo de vulneración

del art. 3 del CEDH debido a las insuficiencias sanitarias en el Estado de destino, además del desarrollo del principio de no devolución que realiza el TEDH al reconocer el principio de “*non refoulement* indirecto”. Ninguno de estos ámbitos de protección de los DDHH de los extranjeros objeto de expulsión, ha sido contemplado por la CDI en su propuesta de art. 24.

Por otro lado, y con carácter más general, la jurisprudencia analizada en el presente Capítulo demuestra que el desarrollo de la estructura institucional en el ámbito regional europeo y la creación de órganos judiciales internacionales, como el TEDH, ha permitido concretar y desarrollar los DDHH de los extranjeros objeto de expulsión, a partir de la interpretación y la aplicación de las obligaciones jurídico internacionales como es obvio libremente aceptadas por los EP. En este sentido, en los anteriores epígrafes de este Capítulo se ha puesto de manifiesto que la jurisprudencia del TEDH ha contribuido a corregir los caracteres de voluntarismo y relativismo que condicionan decisivamente el proceso de formación y aplicación de normas en el ordenamiento internacional, al menos en su versión más extrema propia del DI clásico. Ello mediante la interpretación y aplicación de las disposiciones del CEDH a los extranjeros objeto de expulsión, hasta el punto concretar un importante conjunto de garantías para este colectivo, algunas de ellas con un contenido y alcance que, a buen seguro, los EM del COE ni siquiera habían imaginado en el momento de adoptar el CEDH.

Capítulo IV

LA PROHIBICIÓN DE LAS EXPULSIONES COLECTIVAS DE EXTRANJEROS

1. INTRODUCCIÓN

El art. 9 del Proyecto de la CDI establece la prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros con la siguiente redacción:

“1. A los efectos del presente proyecto de artículo, se entiende por expulsión colectiva la expulsión de extranjeros como grupo.

2. Queda prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

3. Un Estado podrá expulsar conjuntamente a los miembros de un grupo de extranjeros siempre que la medida de expulsión se adopte al término y sobre la base de una evaluación de la situación particular de cada uno de los miembros que integran el grupo de conformidad con el presente proyecto de artículos.

4. El presente proyecto de artículo se entiende sin perjuicio de las normas de derecho internacional aplicables a la expulsión de extranjeros en caso de un conflicto armado en que participe el Estado expulsor”.

La CDI manifiesta en los comentarios al art. 9, que esta propuesta se inspira en la jurisprudencia del TEDH⁷¹⁰. Según el Ponente Kamto, la prohibición de las expulsiones colectivas se basa en que, “ya que la admisión de un extranjero es un derecho individual, la pérdida o denegación de este derecho solo puede tener carácter individual”⁷¹¹. No obstante, el apdo. 4 del art. 9 establece una excepción general a la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros, con el fin de salvaguardar la normativa estatal aplicable a los casos de expulsiones colectivas en casos de conflicto armado⁷¹². Se trata

⁷¹⁰ Proyecto de la CDI, Doc. A/69/10, comentario 1) a la propuesta de art. 9, p. 36.

⁷¹¹ CDI, “Tercer informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/581, 19 de abril de 2007, pár. 115.

⁷¹² En concreto, la CDI apunta en los comentarios al art. 9 que tal salvaguarda se refiere a las normas de derecho internacional aplicables a la expulsión de extranjeros en caso de un conflicto armado en que participe el Estado expulsor. Con ello, la CDI quiere evitar cualquier incompatibilidad entre los derechos y obligaciones del Estado enunciados en el Proyecto de la CDI y los previstos en el DIH; Proyecto de la CDI, Doc. A/69/10, comentario 5) a la propuesta de art. 9, p. 38. A la hora de redactar esta propuesta de artículo, el Ponente de la CDI concluye que parte de la práctica de los Estados parece considerar que se podría llevar a cabo una expulsión colectiva de extranjeros cuando los individuos se muestren hostiles hacia el país de acogida que estuviera en conflicto con el país de nacionalidad de dichos sujetos; véase el estudio que realizado por el Ponente de la CDI al respecto en, CDI, “Tercer informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/581, 19 de abril de 2007, pp. 40 a 45. En los debates de la CDI llevados a cabo sobre esta propuesta de artículo, algunos miembros creen que la

de una prohibición de carácter muy general, ya que no se concreta si la salvaguarda se refiere a conflictos internos o internacionales, algo que tampoco se aclara en los comentarios de la CDI al art. 9. La CDI se limita a remitirse al DIH, ya sea convencional o consuetudinario⁷¹³. Esta cuestión no será abordada en el presente Capítulo dado que, hasta la fecha, el TEDH no ha dictado jurisprudencia.

En efecto, la primera vez que se prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros, en una norma convencional⁷¹⁴, se lleva a cabo mediante la adopción de un Protocolo adicional: el Protocolo n. 4 al CEDH de 1963⁷¹⁵. En concreto, el art. 4 de dicho Protocolo preceptúa que “quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros”. La adopción del Protocolo n. 4 al CEDH supone un límite a la facultad discrecional de los EP⁷¹⁶. Como mantiene LASAGABASTER HERRARTE “la discrecionalidad de los Estados a la hora de establecer las causas de expulsión se configura de forma abierta, si bien el criterio para

prohibición de expulsión colectiva es también aplicable a los casos de conflicto armado. Por tanto, estos miembros de la CDI sostienen que solo se pueden establecer excepciones a esta prohibición para los extranjeros que tengan la nacionalidad de un Estado que participe en el conflicto armado con el Estado en cuyo territorio se encuentren, siempre y cuando participen, como grupo, en actividades que atenten contra la seguridad de dicho Estado. Sin embargo, otros miembros de la CDI mantienen que esta cuestión es demasiado compleja debido a que no está debidamente resuelta por el DIH, por tanto, no es conveniente establecer una norma que pueda contravenir lo que el DIH prevea en estos supuestos. Por lo que, finalmente, se opta por incluir en el art. 9 un apartado que establezca la salvaguardia de no contravenir las normas de DI que a este respecto se pudieran aplicar; CDI, “Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 59º periodo de sesiones (7 de mayo a 5 de junio y 9 de julio a 10 de agosto de 2007). AGNU. Documentos Oficiales. 62º periodo de sesiones. Suplemento nº 10 (A/62/10)”, NU, Nueva York, 2007, p. 37.

⁷¹³ No obstante, con anterioridad en el art. 49 del IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra se recoge la prohibición de los traslados en masa de carácter forzoso, si bien no se establece una prohibición de carácter general; Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949 (BOE n. 246, de 2 de septiembre de 1952). Esta norma tan solo permite los traslados si así lo requiere la seguridad de la población o imperiosas necesidades militares; CHUECA SANCHO, A.G., *La expulsión de extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos*, Egido, Zaragoza, 1998, p. 34.

⁷¹⁴ Si bien, algún autor afirma que, a través del derecho consuetudinario, la prohibición de expulsiones colectivas se manifiesta mediante el principio de no discriminación y la no arbitrariedad de las expulsiones. Para un análisis de las implicaciones más significativas de las expulsiones colectivas a través de la vía consuetudinaria y la vía convencional véase, CHUECA SANCHO, A.G., “El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros”, *RDME*, n. 1, 2002, 9-36, pp. 18 a 21.

⁷¹⁵ Protocolo n. 4 al CEDH para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que reconoce ciertos derechos y libertades además de los que ya figuran en el CEDH y en el primer Protocolo adicional al CEDH, modificado por el Protocolo n. 11, de 16 de septiembre de 1963. Tanto este Protocolo como el resto de Protocolos que completan el CEDH entran en vigor para cada EP cuando este lo ratifica. En el caso de España, el Protocolo n. 4 al CEDH es ratificado en 2009 (BOE n. 247, de 13 de octubre de 2009).

⁷¹⁶ LOCHAC, D., “Article 4” en PETTITI, L.E., DECAUX, E. e IMBERT, P.H. (Dirs.), *La Convention Européenne des Droits De l’Homme. Commentaire article par article*, Económica, Paris, 1995, 1057-1059, p. 1057.

limitar esa facultad de apreciación vendrá de la mano del concepto de expulsión colectiva”⁷¹⁷.

Con posterioridad a la adopción del Protocolo n. 4, otros textos normativos internacionales, así como sus órganos garantes, reconocen la prohibición de las expulsiones colectivas⁷¹⁸. Aunque el art. 13 del PIDCP no prohíbe expresamente la expulsión colectiva de extranjeros, el CDH confirma que una expulsión en este sentido es contraria a las garantías procesales a las que tiene derecho cualquier extranjero objeto de expulsión. Según el CDH, el art. 13 del PIDCP concede a cada extranjero el derecho de que se adopte una decisión teniendo en cuenta su caso concreto, lo que no se cumple cuando existen normas o decisiones que permiten las expulsiones colectivas o en masa⁷¹⁹. Asimismo, el CAT considera que cualquier forma de expulsión colectiva debe ser considerada una violación del principio de no devolución (Capítulo III). Al no existir una identificación por parte de las autoridades estatales encargadas de la expulsión, es imposible verificar individualmente si la expulsión conlleva un riesgo de tortura o malos tratos en el Estado de destino⁷²⁰. En el ámbito regional, además del Protocolo n. 4 al CEDH⁷²¹, la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros también se encuentra

⁷¹⁷ LASAGABASTER HERRARTE, I., “Artículo 4. Prohibición de las expulsiones colectivas”, en LASAGABASTER HERRARTE, I. (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, Navarra, 2015, 971-977, p. 973.

⁷¹⁸ Como apoyo a su propuesta, la CDI cita el art. 7 de la DDHINNPV, que establece la prohibición de expulsar individual o colectivamente por motivos de raza, color, religión, cultura, linaje u origen nacional o étnico. Si bien, la disposición se refiere únicamente a los extranjeros que se encuentren legalmente en el territorio de un Estado. Por su parte, el art. 22.1 de la CIPDTM también establece esta prohibición al sostener que: “Los trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente”.

⁷¹⁹ Al exigir que las expulsiones sean conforme a ley y otorgando el derecho al extranjero a exponer sus razones contra la expulsión y otros derechos de orden procesal de manera individualizada, a *sensu contrario*, está prohibiendo las expulsiones colectivas, CDH, Observación general n. 15, “La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto”, 27º período de sesiones (1986), párr. 11. A este respecto véase FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., “La expulsión colectiva de extranjeros en Derecho Internacional”, en VV.AA., *El Derecho Internacional: normas, hechos y valores. Liber amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Universidad Complutense, Madrid, 2005, 135-153, p. 136. En este mismo sentido se pronuncia el CERD, en su Recomendación General n. 30, establece la obligación del Estado de “garantizar que los no ciudadanos no serán objeto de una expulsión colectiva, en particular cuando no haya garantías suficientes de que se han tenido en cuenta las circunstancias personales de cada una de las personas afectadas”; CERD, Recomendación General n. 30 “sobre la discriminación contra los no ciudadanos”, 65º período de sesiones (2005), párr. 26.

⁷²⁰ CAT, Observación General n. 1 (2017), relativa a la aplicación del art. 3 de la Convención en el contexto del art. 22. Proyecto preparado por el Comité en primera lectura el 6 de diciembre de 2016, CAT/C/60/R.2, 3 de febrero de 2017, párr. 13. Este texto tiene como objetivo modificar la Observación General n. 1, “Aplicación del artículo 3 en el contexto del artículo 22 de la Convención”, 16º período de sesiones (1996). De este último Comité véase, CAT, comunicación n. 321/2007, *Kwami Mopongo y otros c. Marruecos*, CAT/C/53/D/321/2007, 7 de noviembre de 2014, párrs. 11.3 y 11.4.

⁷²¹ Committee of Ministers, “Twenty Guidelines on Forced Returns”, CM(2005)40 final. Strasbourg, 9 may 2005, directriz 3.

reconocida en el art. 26.2 de la Carta Árabe de DDHH de 1994⁷²²; el art. 22.9 de la CADH de 1969⁷²³ y; el art. 12.5 de la CADHP de 1981⁷²⁴.

En esta dirección, en el marco de la UE, el art. 19 de la CDFUE prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros. Empero, esta prohibición no se encuentra expresamente prevista en ninguna Directiva europea en materia migratoria, como la Directiva Retorno. Por ello, no existe jurisprudencia del TJUE respecto a la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros⁷²⁵. Las explicaciones relativas al art. 19.1 de la Carta aclaran que esta disposición:

“tiene el mismo significado y alcance que el artículo 4 del Protocolo adicional n. 4 al CEDH, en lo referente a las expulsiones colectivas. Su objetivo es garantizar que cada decisión se base en un examen concreto y que no se pueda decidir mediante una sola medida la expulsión de todas las personas que tengan la nacionalidad de un Estado determinado”⁷²⁶.

El presente Capítulo se basa en el estudio de la jurisprudencia del TEDH sobre la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros. A estos efectos el siguiente epígrafe está dedicado al análisis de los criterios desarrollados por el TEDH que permiten identificar una expulsión como colectiva (epígrafe 2). Estos criterios son: la exigencia de un examen razonable y objetivo (2.1); un examen individual de la situación de cada extranjero objeto de expulsión (2.2.); así como otras exigencias (2.3.) relacionadas con los requisitos formales de la decisión de expulsión (2.3.1.), los requisitos materiales (2.3.2.) y los requisitos personales (2.3.3.). A continuación, se analizan los criterios desarrollados por el TEDH con la finalidad de aplicar extraterritorialmente el CEDH en situaciones en las que se vulnera la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros (3). Para ello, es necesario hacer una breve referencia a la jurisprudencia del TEDH sobre la noción de control efectivo (3.1.), para después comprobar como el tribunal

⁷²² El art. 26.2 de la Carta Árabe de DDHH establece que: “[...]la expulsión colectiva está prohibida bajo cualquier circunstancia”.

⁷²³ El art. 22.9 de la CADH señala que: “es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros”.

⁷²⁴ El art. 12.5 de la CADHP dispone que: “[...]la expulsión masiva de extranjeros estará prohibida. Expulsión masiva será aquella dirigida a un grupo nacional, racial, étnico o religioso”.

⁷²⁵ Como se ha señalado: “el Tribunal de Estrasburgo va por delante del Tribunal de Justicia y constituye un punto de referencia ineludible, en particular, en relación con la prohibición de las expulsiones colectivas”, ORDÓÑEZ SOLÍS, D., “La crisis de los refugiados y su amparo judicial en la Unión Europea”, en VV. AA., *La crisis de las personas refugiadas y su impacto sobre la UE: causas, impactos, asilo, políticas de inmigración, asilo, marco jurídico...*, EuroBasque, Europako Mugimenduaren Euskal Kontseilua, Consejo Vasco del Movimiento Europeo, 2016, 41-109, p. 68

⁷²⁶ Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, Explicación relativa al art. 19 apdo. 1 — Protección en caso de devolución, expulsión y extradición”, 2007/C 303/02, 14 de diciembre de 2007.

de Estrasburgo la aplica a diversos contextos. En concreto, se aborda la aplicación extraterritorial de la prohibición de expulsiones colectivas defendida por el TEDH en el medio marítimo desde el punto de vista de su *leading case*: *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* (3.2.). Así como la aplicación que de esta misma prohibición hace el TEDH en el contexto de la gestión de las fronteras terrestres, situación que se aborda en *N.D. y N.T. c. España* (3.3.). Además, se examina hasta qué punto la jurisprudencia del TEDH en materia de prohibición de las expulsiones colectivas suponen un límite para los EP a la hora de diseñar y ejecutar sus políticas migratorias (3.4.).

Para finalizar se ofrece, a modo de recapitulación, una síntesis y valoración de la jurisprudencia estudiada en el presente Capítulo (4).

2. EL CONCEPTO DE EXPULSIONES COLECTIVAS DE EXTRANJEROS

En su informe explicativo del Protocolo n. 4 al CEDH, el Comité de Expertos considera que la finalidad del art. 4 obedece a la conveniencia de insertar una disposición que prohíba, formal y expresamente, la expulsión colectiva de extranjeros, con el fin de evitar que se vuelvan a llevar a cabo expulsiones de este tipo, como ya había sucedido en el pasado. Si bien en el informe no se detallan los hechos pasados a los que se refiere⁷²⁷.

El límite que el art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH supone a la discrecionalidad de los Estados en materia de expulsión, unido a las dificultades político-jurídicas en la gestión de los flujos migratorios hacia Europa, ha supuesto que algunos EP sean reticentes a

⁷²⁷ “Explanatory Report to Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the first Protocol thereto”, European Treaty Series - No. 46. Strasbourg, 16.IX.1963, párs. 31 y 33. En este sentido, DURÁN ALBA, J.F., “La interdicción de las expulsiones colectivas de extranjeros”, en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA MACHETTI, P. (Coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, 777-782, p. 778. En términos similares se expresa el experto independiente sobre la protección de los DDHH y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Sr. Robert K. Goldman, E/CN.4/2005/103, 7 de febrero de 2005, pár. 61; Comisión de DDHH, “Cuestiones concretas de derechos humanos: Nuevas prioridades, en particular el terrorismo y la lucha contra el terrorismo. Proyecto marco preliminar de principios y directrices relativos a los derechos humanos y el terrorismo. Documento de trabajo ampliado preparado por la Sra. Kalliopi K. Koufa”, E/CN.4/Sub.2/2005/39, 22 junio de 2005, pár. 49; y Amnistía Internacional, “Acuerdos peligrosos. Europa acepta «garantías diplomáticas» contra la tortura”, 2010, p. 30, disponible en: <http://amnistiainternacional.org/publicaciones/107-acuerdos-peligrosos-europa-acepta-garantias-diplomaticas-contr-la-tortura.html>. De este modo, lo que era admisible en el s. XIX, pasó a restringirse a principios del s. XX solo a periodos de guerra, para paulatinamente prohibirse totalmente sucede en la época coetánea; CHUECA SANCHO, A.G., *La expulsión de extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos*, Zaragoza, 1998, p. 33. No obstante, como señala el autor, el s. XX ha sido testigo de este tipo de hechos, como demuestra la expulsión de palestinos de sus territorios; CHUECA SANCHO, A. G., “El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros”, *RDME*, n. 1, 2002, 9-36, p. 11

ratificar el citado Protocolo⁷²⁸. Este es el caso de algunos EP que constituyen frontera exterior del Espacio Schengen, como Italia, cuya firma del Protocolo n. 4 al CEDH tiene lugar en 1963, y lo ratifica varios años después, en 1982. España, por su parte, firma el Protocolo en 1978, pero no lo ratifica hasta 2009, siendo en la actualidad el último EP en ratificarlo. Por lo que se refiere a Grecia y Suiza, a día de hoy no lo han firmado ni ratificado. En total, de los cuarenta y siete EP en el CEDH, cuarenta y tres han ratificado el Protocolo n. 4⁷²⁹, lo cual no deja de ser una muestra evidente de la heterogeneidad en cuanto al alcance de las obligaciones convencionales asumidas, que está presente en el sistema de control del COE.

La indeterminación jurídica que en un principio presenta la escueta redacción del art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH –“quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros”–, ha sido paliada, en buena medida, por la jurisprudencia del TEDH. Este órgano judicial ha desarrollado una serie de criterios interpretativos generales que permiten concretar cuándo se puede considerar que la expulsión de un determinado número de personas se enmarca en la prohibición recogida en el art. 4 del Protocolo n. 4. A continuación se analizan estos criterios.

2.1. La exigencia de un examen razonable y objetivo

Con carácter general, una expulsión colectiva de extranjeros es una medida que obliga a los extranjeros, como grupo, a abandonar el territorio de un EP⁷³⁰. Esta interpretación del TEDH ya había sido mantenida por su órgano antecesor, la Comisión Europea de DDHH. En concreto, en el caso *Becker*, resuelto en 1975. Este fue el primer caso en el seno del sistema de control del COE en el que se planteó la cuestión de las expulsiones colectivas de extranjeros a raíz de la expulsión de 199 niños vietnamitas

⁷²⁸ CARRILLO SALCEDO, J.A., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 25.

⁷²⁹ Asimismo, cabe destacar el caso de Países Bajos quien firma el Protocolo n. 4 en 1963 y no lo ratifica hasta 1982; Turquía y Reino Unido quienes, pese haber firmado dicho Protocolo, a día de hoy, no lo han ratificado; o Suiza quien, al igual que Grecia, ni siquiera ha firmado el Protocolo adicional n. 4 al CEDH. Véanse estos datos en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/046/signatures>

⁷³⁰ Por su parte, la Carta Africana recoge la expresión “expulsión en masa”. El concepto “masa” denota un alcance restrictivo ya que el segundo párrafo del art. 12.5 especifica que este término engloba a grupos nacionales, raciales, étnicos o religiosos. No obstante, una expulsión colectiva puede englobar a un grupo de personas que no se identifiquen con ninguno de esos grupos. Por ello la CDI se inspira en la jurisprudencia del TEDH a la hora de entender por expulsión colectiva la expulsión de extranjeros como grupo recogida en su art. 9; véase el Proyecto de artículos sobre expulsión de extranjeros aprobado en segunda lectura por la CDI”, en Proyecto de la CDI, Doc. A/69/10, comentario 1) a la propuesta de art. 9, p. 36; CDI, “Tercer informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/581, 19 de abril de 2007, pár. 108.

acogidos en territorio danés; si bien se concluyó que no se había vulnerado la prohibición de tales expulsiones⁷³¹.

La primera ocasión en la que el TEDH tiene la ocasión de definir el significado y contenido de “expulsión colectiva” es en *Andric c. Suecia*, en 1999, en el que se valora la conformidad con el CEDH de la expulsión a Croacia y a Bosnia y Herzegovina de croatas de origen bosnio procedentes de Bosnia y Herzegovina. Los demandantes solicitan asilo en Suecia después de haber huido de Bosnia y Herzegovina. Las autoridades de inmigración suecas deciden expulsarlos a Croacia después de rechazar sus solicitudes. Los demandantes alegan la violación del art. 3 del CEDH y del art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH. Por su parte, el TEDH declara la demanda inadmisibile, en virtud de este último precepto, porque en su opinión está manifiestamente mal fundada. En particular, observa que el hecho de que varios extranjeros recibieran decisiones similares no lleva a la conclusión de que se haya producido una expulsión colectiva. Máxime cuando cada uno de los interesados tuvo la oportunidad de presentar argumentos contra su expulsión ante las autoridades competentes. Cada solicitante presentó una solicitud individual a las autoridades de inmigración donde expuso los argumentos contra su expulsión a Croacia. Las autoridades tuvieron en cuenta, no solo la situación general del Estado de destino, sino también los antecedentes de cada solicitante y los eventuales riesgos que podrían darse en el caso de que los sujetos fueran objeto de expulsión. Además, al rechazar sus solicitudes, las autoridades dictaron decisiones individuales relativas a la situación de cada solicitante⁷³².

Por tanto, como se pone de manifiesto en este caso, la expulsión de varios sujetos al mismo tiempo no es constitutiva de una expulsión colectiva contraria al art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH, siempre y cuando la expulsión sea adoptada por medio de un examen razonable y objetivo del caso concreto⁷³³. En este sentido, si se cumple con la

⁷³¹ Comisión Europea de DDHH, decisión de 3 de octubre de 1975, *Becker c. Dinamarca*, demanda n. 7011/75. El criterio mantenido por la Comisión Europea de DDHH acerca de que la expulsión de extranjeros es una medida por la que se expulsa a extranjeros del territorio de un EP como grupo, es seguida con posterioridad a *Becker* en la decisión de 16 de diciembre de 1988 (decisión de admisibilidad), *Alibaks y otros c. Holanda*, demanda n. 14209/88.

⁷³² STEDH de 23 de febrero de 1999 (decisión de admisibilidad), *Vedran Andric c. Suiza*, demanda n. 45917/99.

⁷³³ STEDH de 3 de julio de 2014, *Georgia c. Rusia (I)*, demanda n. 13255/07, párr. 167; STEDH de 23 de julio de 2013, *M.A. c. Chipre*, demanda n. 41872/10, párr. 245; STEDH de 7 de abril de 2009 (decisión de admisibilidad), *Ghulami c. Francia*, demanda n. 45302/05; STEDH de 20 de septiembre de 2007, *Sultani c. Francia*, demanda n. 45223/05, párr. 81; STEDH de 31 de mayo de 2005 (decisión de admisibilidad), *Andrey Daydov c. Estonia*, demanda n. 16387/03; STEDH de 23 de febrero de 1999 (decisión de admisibilidad), *Andric c. Suiza*, demanda n. 45917/99.

obligación de llevar a cabo un examen razonable y objetivo, los antecedentes a la ejecución de las órdenes de expulsión pueden desempeñar su función en la determinación del cumplimiento del art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH⁷³⁴.

2.2. La exigencia de un examen individual de la situación de cada extranjero objeto de expulsión

A la hora de interpretar el art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH, el término “expulsión” debe ser entendido “en su sentido genérico, empleado en el lenguaje corriente (ahuyentar de un lugar)”⁷³⁵. De forma que es indiferente, a efectos del CEDH, la terminología aplicada por el EP a la acción que compele a un extranjero a abandonar su territorio. Así, en *Khlaifia y otros c. Italia*, pese a que el Gobierno italiano señala que el procedimiento al que somete a los demandantes es el de “denegación de entrada” y no el de expulsión, el TEDH no encuentra ningún motivo que le lleve a apartarse de su definición de expulsión⁷³⁶.

Por su parte, a la hora de referirse al término “extranjero”, se hace referencia a cualquier nacional de un tercer Estado, sin que sea necesario que el mismo se encuentre o se haya encontrado, en algún momento, en situación administrativa regular en alguno de los EP⁷³⁷.

Con la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros se debe evitar que los EP puedan expulsar a un determinado número de personas sin examinar su situación personal y sin que los sujetos afectados puedan presentar sus argumentos contra la decisión de expulsión ante una autoridad competente⁷³⁸. De manera que el eje central sobre el que pivota la garantía que pretende salvaguardar el art. 4 del Protocolo n. 4, es el de asegurar

⁷³⁴ STEDH de 20 de diciembre de 2016, *Berdzenishvili y otros c. Rusia*, demandas nos. 14594/07, 14597/07, 14976/07, 14978/07, 15221/07, 16369/07 y 16706/07, pár. 79; STEDH de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia*, demanda n. 16483/12, pár. 237; STEDH de 3 de julio de 2014, *Georgia c. Rusia (I)*, demanda n. 13255/07, pár. 167; STEDH de 5 de febrero de 2002, *Čonka c. Bélgica*, demanda n. 51564/99, pár. 59.

⁷³⁵ STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda n. 27765/09, pár. 174.

⁷³⁶ STEDH de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia*, demanda n. 16483/12, párs. 243 y 244.

⁷³⁷ STEDH de 3 de julio de 2014, *Georgia c. Rusia (I)*, demanda n. 13255/07, pár. 168; STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda n. 27765/09, pár. 174. Por el contrario, el art. 1 del Protocolo n. 7 al CEDH sí que exige la legalidad de la situación del extranjero en un EP para que le sean de aplicación las salvaguardas procesales relativas a la expulsión.

⁷³⁸ STEDH de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia*, demanda n. 16483/12, pár. 238; STEDH de 21 de octubre de 2014, *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, demanda n. 16643/09, pár. 210; STEDH de 3 de julio de 2014, *Georgia c. Rusia (I)*, demanda n. 13255/07, pár. 167; STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda n. 27765/09, pár. 177; STEDH de 7 de abril de 2009 (decisión de admisibilidad), *Ghulami c. Francia*, demanda n. 45302/05; STEDH de 20 de septiembre de 2007, *Sultani c. Francia*, demanda n. 45223/05, pár. 81.

que los extranjeros afectados por una expulsión sean objeto de un análisis individual⁷³⁹. Con su jurisprudencia, el TEDH se ha encargado de dotar de contenido al principio general relativo a la individualización de la expulsión.

En concreto, se constata que el hecho de que varios extranjeros estén sujetos a decisiones similares de expulsión no conduce, por sí mismo, a la conclusión de que se trate de una expulsión colectiva. Para descartar que no se incumple la prohibición establecida en el art. 4 del Protocolo n. 4, es necesario demostrar que cada uno de los demandantes ha tenido la oportunidad de exponer sus argumentos en contra de la expulsión y que la decisión de expulsar al extranjero ha sido resuelta una vez se ha llevado a cabo un examen razonable y objetivo del caso particular⁷⁴⁰.

Un ejemplo de esta jurisprudencia es *M.A. c. Chipre*. Este caso versa sobre la detención de un kurdo sirio por parte de las autoridades chipriotas con la intención de expulsarlo a la República Árabe Siria. La decisión de expulsar al solicitante se adopta después de una operación de la policía en la que, tanto él como otros kurdos sirios, se encuentran acampados frente a edificios gubernamentales en Nicosia, en una protesta contra la policía de asilo del Gobierno de Chipre. El demandante alega que estas autoridades tienen la intención de expulsarlo en el marco de una expulsión colectiva, esto es, sin llevar a cabo una evaluación y un examen individual de su situación particular. En este caso no se vulnera el art. 4 del Protocolo n. 4, debido a que cada uno de los afectados por la expulsión es objeto de un examen individual, por lo que a la hora de adoptar la decisión de expulsión las autoridades chipriotas se basan en las circunstancias de cada uno de los demandantes⁷⁴¹.

En sentido contrario se pronuncia el TEDH en *Čonka c. Bélgica*, primer caso en el que sostiene que existe una expulsión colectiva de extranjeros contraria al art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH⁷⁴². Los solicitantes, ciudadanos eslovacos de origen romaní,

⁷³⁹ Algún autor apunta que, lejos de asegurar una garantía a los extranjeros de que se adoptará una decisión sobre la base de su caso particular, el precepto sirve a los Estados para enmascarar expulsiones colectivas mediante procedimientos individuales; LORI, E., “Art. 3, Divieto di espulsione dei cittadini. Art. 4, Divieto di espulsione collettive di stranieri”, en DEFILIPPI, C., BOSI, D. y HARVEY, R., *La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà Fondamentali. Commentata ed annotata*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, 715-728, p. 719.

⁷⁴⁰ STEDH de 8 de abril de 2004, *Assanidze c. Georgia*, demanda n. 71503/01, párr. 167; STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda n. 27765/09, párr. 184; STEDH de 7 de abril de 2009 (decisión de admisibilidad), *Ghulami c. Francia*, demanda n. 45302/05; STEDH de 20 de septiembre de 2007, *Sultani c. Francia*, demanda n. 45223/05, párr. 81.

⁷⁴¹ STEDH de 23 de julio de 2013, *M.A. c. Chipre*, demanda n. 41872/10, párr. 252.

⁷⁴² Para un análisis de la evolución de la jurisprudencia del TEDH relativa a las expulsiones colectivas de extranjeros desde *Andric* hasta *Čonka*, véase CARLIER, J.-Y., “L’expulsion collective d’étrangers”, en

argumentan que han huido de Eslovaquia debido a una serie de agresiones racistas sobre las que la policía se niega a intervenir. Una vez en Bélgica y bajo el pretexto de completar sus solicitudes de asilo, son convocados a comparecer junto con otros solicitantes. Una vez se reúnen en el punto de encuentro se les entrega una orden de expulsión, y son detenidos en un centro de tránsito cercano al aeropuerto de Bruselas. La demanda de los solicitantes se fundamenta, en particular, en las circunstancias de su detención y expulsión a Eslovaquia. Se confirma que el procedimiento de expulsión llevado a cabo por las autoridades belgas no ofrece suficientes garantías acerca de que la situación personal de cada uno de los demandantes haya sido analizada y valorada de manera individualizada. El argumento común sobre el que se basa la decisión de expulsión por parte de las autoridades belgas consiste en que su estancia en Bélgica supera los tres meses. Por lo que las órdenes de expulsión no aluden a las solicitudes de asilo presentadas por los demandantes, ni a las decisiones adoptadas sobre esa cuestión⁷⁴³.

El procedimiento seguido no permite disipar las dudas de que la expulsión es de carácter colectivo, conclusión que se ve reforzada por varios factores: antes de la expulsión de los demandantes, las autoridades belgas anuncian que se van a llevar a cabo operaciones de este tipo, y dar instrucciones para su ejecución⁷⁴⁴; todos los extranjeros objeto de expulsión son llamados a personarse en dependencias policiales al mismo tiempo; las órdenes de expulsión y detención son redactadas con similar terminología; a todos ellos les resulta muy difícil contactar con un abogado y en ninguno de los casos se ha resuelto el procedimiento de asilo. En suma, en ningún momento en el período comprendido entre la notificación del traslado de los extranjeros a la estación de policía y su expulsión, el procedimiento ofrece suficientes garantías que demuestren que las circunstancias personales de cada uno de los interesados son tomadas en cuenta de manera genuina e individual. Por tanto, se trata de una expulsión colectiva de extranjeros contraria al Protocolo n. 4⁷⁴⁵.

LAMBERT, P. y PETTITI, C. (Eds.), *Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Éditions Bruylant, Brussels, 2003, 111-139.

⁷⁴³ STEDH de 5 de febrero de 2002, *Čonka c. Bélgica*, demanda n. 51564/99, párr. 61.

⁷⁴⁴ El juez Velaers, en su opinión parcialmente disidente en este caso opina, en relación al anuncio por parte de la autoridad nacional belga acerca de la expulsión de nacionales de terceros países en estas circunstancias, que la prohibición de las expulsiones en grupo es una opción que las autoridades nacionales son libres de elegir por razones de eficiencia y economía, las cuales, no pueden llevarse a cabo sin preparación previa.

⁷⁴⁵ STEDH de 5 de febrero de 2002, *Čonka c. Bélgica*, demanda n. 51564/99, párrs. 62 y 63. En este caso, el TEDH considera que, además, se viola el art. 5.1 –derecho a la libertad y a la seguridad–; el art. 5.4 –derecho a iniciar un procedimiento por el cual se decida la legalidad de la detención–; y el art. 13 –derecho a un recurso efectivo– en relación con el art. 3 –prohibición de tratos inhumanos o degradantes–.

Cabe destacar la opinión parcialmente disidente del juez Velaers en *Čonka c. Bélgica*. Dado que las solicitudes de los demandantes son analizadas de forma individualizada en varias ocasiones, el juez hace una crítica al Tribunal al que reprueba ignorar su propia jurisprudencia, conforme a la cual, el hecho de que un número determinado de extranjeros reciba decisiones similares de expulsión no debe llevar a pensar que se trata de una expulsión contraria al art. 4 del Protocolo 4 del CEDH (epígrafe 2.3.2.). Siempre y cuando se hayan analizado las circunstancias individuales de cada afectado, lo que el juez Velaers entiende que sucede en *Čonka c. Bélgica*⁷⁴⁶.

En ocasiones, cuando existen dudas sobre si el examen realizado al extranjero objeto de expulsión por parte de las autoridades competentes del EP incide debidamente en las circunstancias particulares del sujeto, el TEDH puede entrar a valorar la calidad del examen. En este sentido, la finalidad de la tarea de supervisión del TEDH es la de determinar si durante el procedimiento por el que se decide la expulsión del extranjero se considera debidamente la situación personal del sujeto y los riesgos derivados de su expulsión⁷⁴⁷. Por ejemplo, en *Sultani c. Francia* las autoridades francesas expulsan a un cierto número de extranjeros en un vuelo colectivo. El demandante, uno de los de los extranjeros objeto de expulsión, sostiene que el análisis de sus circunstancias particulares no es de calidad. Para sustentar su alegato alude al poco tiempo que la Agencia francesa para la protección de los refugiados y apátridas emplea en analizar su segunda petición de asilo. Las autoridades francesas tienen en cuenta, tanto la situación general en el Estado de destino, Afganistán, como las declaraciones del demandante, con independencia del tiempo que conllevó el análisis de la solicitud de asilo. En consecuencia, en opinión del TEDH se realiza un examen lo suficientemente individual como para permitir establecer las causas concretas de la situación del demandante ante su expulsión⁷⁴⁸.

A este respecto, ni la calidad del examen ni, en general, las exigencias derivadas del art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH, garantizan el derecho a una entrevista individual en todas las circunstancias. En *Khlaifia y otros c. Italia* se considera que los requisitos de esta disposición pueden cumplirse cuando un extranjero tiene la posibilidad real y efectiva de presentar argumentos contra su expulsión y cuando tales argumentos son examinados

⁷⁴⁶ STEDH de 5 de febrero de 2002, *Čonka c. Bélgica*, demanda n. 51564/99, Opinión parcialmente concurrente y parcialmente disidente del Juez Velaers, párs. 5 a 8.

⁷⁴⁷ DURÁN ALBA, J.F., “La interdicción de las expulsiones colectivas de extranjeros”, en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA MACHETTI, P. (Coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, 777-782, nota al pie 10.

⁷⁴⁸ STEDH de 20 de septiembre de 2007, *Sultani c. Francia*, demanda n. 45223/05, párs. 83 y 84.

de manera apropiada por parte del Estado expulsor. Se trata de uno de los primeros casos en los que se aborda la situación de los tunecinos que huyen de la violencia relacionada con la primavera árabe, quienes son detenidos en un centro de Lampedusa y, posteriormente, en los buques amarrados en el puerto de Palermo, para después ser repatriados a Túnez. Finalmente, se llega a la conclusión de que, habiendo sido identificados en dos ocasiones y habiéndose establecido su nacionalidad, los demandantes han tenido la posibilidad real y efectiva de esgrimir sus argumentos contra su expulsión. En consecuencia, la expulsión no puede ser catalogada como de colectiva de conformidad con el art. 4 al Protocolo n. 4 al CEDH⁷⁴⁹.

Para decidir si se trata de una expulsión colectiva de extranjeros, no solo debe observarse si existe un examen razonable, objetivo e individual de cada uno de los afectados por la expulsión. También debe valorarse si las autoridades estatales tienen en consideración las circunstancias personales de cada uno de los extranjeros objeto de expulsión con el contexto general en el que se produce⁷⁵⁰. Por tanto, tan importante es la situación particular de las personas afectadas por la medida, como el contexto general en el Estado de destino en el momento de ejecutar la expulsión⁷⁵¹. En consecuencia, no existe un examen individual y personal en el caso de que la expulsión obedezca a criterios generales, como pueden ser, consideraciones relativas a la seguridad nacional⁷⁵². En *Sultani c. Francia*, a la hora de rechazar las solicitudes de asilo presentadas por el demandante, las autoridades nacionales francesas, además de tener en cuenta las circunstancias personales del solicitante en Afganistán, también tienen en consideración su situación personal y los supuestos riesgos asociados a sus circunstancias en caso de

⁷⁴⁹ STEDH de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia*, demanda n. 16483/12, párr. 248.

⁷⁵⁰ Como opina BOZA MARTÍNEZ: “mientras que en casos anteriores los órganos de aplicación del CEDH habían establecido una especie de principio *in dubio pro Stato*, con este caso el TEDH define un principio *in dubio pro actio*”, BOZA MARTÍNEZ, D., *Los extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Fundación Centro de Estudios Constitucionales 1812, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2007, p. 57.

⁷⁵¹ STEDH de 3 de julio de 2014, *Georgia c. Rusia (I)*, demanda n. 13255/07, párr. 171; STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda n. 27765/09, párr. 183. Esta opinión es compartida por la CIDH, quien reconoce la importancia de realizar evaluaciones individuales con la finalidad de no contravenir el principio de no devolución, al considerar inadmisibles la devolución de inmigrantes en situación administrativa irregular antes de determinar si reúnen o no las condiciones necesarias para determinar su posible estatuto como refugiado; CIDH, Decisión de la Comisión en cuanto al mérito del caso 10.675, EEUU, 13 de marzo de 1997, párr. 163.

⁷⁵² LASAGABASTER HERRARTE, I., “Artículo 4. Prohibición de las expulsiones colectivas”, en LASAGABASTER HERRARTE, I. (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, Thomson Reuters, Pamplona, 2015, 971-977, p. 971.

expulsión a su Estado de origen. El análisis de todas estas circunstancias determina que no se vulnera la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros⁷⁵³.

2.3. Otras exigencias

2.3.1. Los requisitos formales

Una redacción estereotipada de las órdenes de expulsión de un determinado grupo de extranjeros, en sí misma, no es una prueba que permita determinar que esa expulsión es colectiva. Siempre y cuando el resto de elementos del caso permitan inferir que ha existido un análisis individual de las circunstancias particulares de cada uno de los sujetos⁷⁵⁴. En *M.A. c. Chipre*, el hecho de que las órdenes de expulsión, así como las cartas en las que se comunica la decisión a los extranjeros, estén redactadas en términos idénticos, y no se haga referencia, de manera expresa, a las decisiones adoptadas con anterioridad acerca del procedimiento de asilo, no es un indicativo que permita concluir el carácter colectivo de la expulsión. En este caso, el motivo común para adoptar todas las decisiones de expulsión es la situación de irregularidad de los extranjeros después de que sus solicitudes de asilo fueran rechazadas. Empero, la situación de cada uno de los extranjeros es objeto de análisis y decisión individual, aunque estas circunstancias no se mencionen expresamente en las órdenes y cartas de deportación⁷⁵⁵.

Por otro lado, el carácter relativamente sencillo y normalizado de las órdenes de denegación de entrada o de expulsión puede explicarse por el hecho de que los nacionales

⁷⁵³ STEDH de 20 de septiembre de 2007, *Sultani c. Francia*, demanda n. 45223/05, p. 83. En este sentido, STEDH de 7 de abril de 2009 (decisión de admisibilidad), *Ghulami c. Francia*, demanda n. 45302/05.

⁷⁵⁴ STEDH de 5 de febrero de 2002, *Čonka c. Bélgica*, demanda n. 51564/99, p. 59. En sentido contrario CHUECA SANCHO sostiene que, el hecho de que varias decisiones de expulsión presenten una redacción idéntica debería ser un identificador clave para que el TEDH considerara la expulsión como colectiva, CHUECA SANCHO, A.G., “El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros”, *RDME*, n. 1, 2002, 9-36, p. 23. Por su parte, LORI pone de manifiesto que, lejos de asegurar una garantía a los extranjeros de que se adoptará una decisión con base a su situación particular, sirve a los Estados para enmascarar de este modo las expulsiones colectivas con procedimientos individuales; LORI, E., “Art. 3, Divieto di espulsione dei cittadini. Art. 4, Divieto di espulsione collettive di stranieri”, en DEFILIPPI, C., BOSI, D. y HARVEY, R. (Eds.), *La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà Fondamentali. Commentata ed annotata*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, 715-728, p. 719. De este modo, y bajo el argumento de que se ofrece a cada persona la posibilidad de presentar sus argumentos individualmente en contra de su expulsión, se permite la expulsión de más de un centenar y medio de niños vietnamitas en *Becker c. Dinamarca*; Sentencia de la Comisión Europea de DDHH de 3 de octubre de 1975, *Becker c. Dinamarca*, demanda n. 7011/75.

⁷⁵⁵ STEDH de 23 de julio de 2013, *M.A. c. Chipre*, demanda n. 41872/10, párs. 252, 254 y 255. Sobre este mismo asunto, el tribunal de Estrasburgo falló con el mismo pronunciamiento y los mismos argumentos en: STEDH de 21 de julio de 2015, *K.F. c. Chipre*, demanda n. 41858/10; STEDH de 21 de julio de 2015, *H.S. y otros c. Chipre*, demanda n. 41753/10; STEDH de 21 de julio de 2015, *A.H. y J.K. c. Chipre*, demandas nos. 41903/10 y 41911/10.

de terceros Estados no cuentan con documentos de viaje válidos; porque no alegan un riesgo de sufrir tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes en su Estado de origen en caso de expulsión; o, por la existencia de obstáculos legales para proceder a la expulsión. Por tanto, para el TEDH resulta coherente que, en estos casos, las órdenes de expulsión puedan justificarse únicamente por la nacionalidad de los demandantes y por el mero hecho de que estos han cruzado ilegalmente una frontera, así como porque los demandantes no sean beneficiarios de protección internacional⁷⁵⁶.

2.3.2. Los requisitos personales

El hecho de que una expulsión sea catalogada como colectiva no depende del número de sujetos que se vean afectados por la misma. Mientras que, la Comisión Europea de DDHH, en *Becker c. Dinamarca*, considera que la expulsión de más de un centenar y medio de niños vietnamitas no supone una expulsión colectiva, en *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, la expulsión de treinta y cinco personas, dadas las circunstancias del caso, es considerada contraria al art. 4 del Protocolo n. 4⁷⁵⁷. De ahí que el CEDH utilice el término “colectiva” en lugar de “en masa”, ya que esta última acepción sugiere la idea de número, cuando lo que realmente se pretende proteger es la despersonalización del sujeto, con independencia del número de personas implicadas en la medida⁷⁵⁸.

Para calificar una expulsión como contraria al Protocolo n. 4 al CEDH, tampoco es necesario que los integrantes del colectivo expulsado sean de la misma nacionalidad. Por ejemplo, se concluye la existencia de una expulsión colectiva en *Čonka c. Bélgica*, cuyos demandantes son todos de nacionalidad georgiana⁷⁵⁹, pero también en *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, en el que los demandantes son nacionales afganos, sudaneses y eritreos⁷⁶⁰.

2.3.3. Los requisitos procesales

La prohibición de las expulsiones colectivas va estrechamente ligada al art. 13 del CEDH, en el que se recoge el derecho a un recurso efectivo (Capítulo VII.5.2.3.2.). En concreto, la necesidad de realizar un análisis pormenorizado de la situación individual del extranjero objeto de expulsión lleva consigo el establecimiento de las causas por las que

⁷⁵⁶ STEDH de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia*, demanda n. 16483/12, pár. 251.

⁷⁵⁷ A esta reflexión llega también BOLLO AROCENA, M.D., *Expulsión de extranjeros, derecho internacional y derecho europeo*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 61.

⁷⁵⁸ PERRUCHOUD, R., “L’expulsion en masse d’étrangers”, *Annuaire Français de Droit International*, vol. 34, n. 1, 1998, 677-693, p. 678.

⁷⁵⁹ STEDH de 5 de febrero de 2002, *Čonka c. Bélgica*, demanda n. 51564/99, pár. 7.

⁷⁶⁰ STEDH de 21 de octubre de 2014, *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, demanda n. 16643/09, pár. 1.

se procede a la expulsión de esa persona y, en consecuencia, el respeto de las garantías de un proceso legal que debe tener como base los hechos y pruebas del caso concreto. La posibilidad de realizar un análisis individual como el descrito incluye el derecho a cuestionar la orden administrativa de expulsión mediante un recurso efectivo. Para poder acceder a este derecho procesal, la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros actúa como una garantía contra la arbitrariedad y habilita el cuestionamiento de la medida cuando se considere ilegítima, a partir de un proceso con las debidas garantías⁷⁶¹. Así, por ejemplo, en *Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*, el TEDH no considera necesario pronunciarse sobre el hecho de si existe una vulneración del art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH, ya que concluye que se ha vulnerado el derecho a un recurso efectivo de conformidad con el art. 13 del CEDH⁷⁶².

De modo que, en determinados supuestos, la posibilidad de plantear un recurso efectivo puede considerarse un indicador –en ningún caso concluyente– de que ha existido una identificación y, tal vez, un examen individual del caso concreto. De hecho, en *Alibaks y otros c. Países Bajos* la Comisión Europea de DDHH tuvo en cuenta que varios extranjeros tuvieran la oportunidad de presentar un recurso individual contra su orden de expulsión, para no calificarla como colectiva⁷⁶³. Esta interpretación pone de manifiesto que todo procedimiento de expulsión debe ejecutarse con el debido respeto a todas las garantías establecidas en el ordenamiento jurídico⁷⁶⁴.

No obstante, se puede concluir que, en la actualidad y conforme a la jurisprudencia del TEDH analizada en este epígrafe 2 en torno al art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH, la simple posibilidad de que los extranjeros puedan presentar un recurso individual ante su expulsión en el foro interno del EP, *per se*, no implica que la expulsión no sea colectiva. También es necesario atender al resto de criterios interpretativos estudiados en el presente epígrafe.

⁷⁶¹ CERIANI CERNADAS, P., “Control migratorio europeo en territorio africano: la omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, año 6, n.10, 2009, 189-214, p. 202.

⁷⁶² TEDH de 12 de abril de 2005, *Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*, demanda n. 36378/02, párs. 466 y 467.

⁷⁶³ Comisión Europea de DDHH de 16 de diciembre de 1988 (decisión de admisibilidad), *Alibaks y otros c. Países Bajos*, demanda n. 14209/88; Comisión Europea de DDHH de 16 de diciembre de 1988 (decisión de admisibilidad), *B. y otros c. Países Bajos*, demanda n. 14457/88. LOCHAK., D., “Article 4”, en PETTITI, L.E., DECAUX, E. e IMBERT, P.H. (Dirs.), *La Convention Européenne des Droits de l’Homme. Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1995, 1057-1059, p. 1058.

⁷⁶⁴ LASAGABASTER HERRARTE, I., “Artículo 4. Prohibición de las expulsiones colectivas”, en LASAGABASTER HERRARTE, I. (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, Navarra, 2015, 971-977, p. 974.

3. LA APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LA PROHIBICIÓN DE LAS EXPULSIONES COLECTIVAS DE EXTRANJEROS

3.1. La noción de control efectivo

La noción de jurisdicción se configura como un criterio que determina el alcance de la obligación de los EP de respetar los DDHH. Según el art. 1 del CEDH: “Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio”. Esta disposición no recoge, de manera expresa y concreta, un ámbito de aplicación *rationae temporis*, *rationae personae* o *rationae loci* de aplicación del CEDH⁷⁶⁵. Como mantiene el TEDH:

“the exercise of jurisdiction is a necessary condition for a Contracting State being held responsible for acts or omissions imputable to it which give rise to an allegation of the infringement of rights and freedoms set forth in the Convention”⁷⁶⁶.

Como señala MORGADES GIL: “la interpretación que el TEDH ha hecho de la noción de jurisdicción a lo largo de los últimos veinte años ha sido gradual y contextual”⁷⁶⁷. En *Al-Skeini*, el TEDH por un lado, de forma explícita, aclara que la jurisdicción del art. 1 del CEDH puede existir fuera del territorio de los EM del COE; por otro lado, incorpora la expresión “vinculo jurisdiccional” (*jurisdictional link*), con la que se proyecta la relación entre Estado y sujeto como base para la apreciación de una

⁷⁶⁵ En este sentido véase BESSON, S., “The extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why human rights depend on jurisdiction and what jurisdiction amounts to”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 25, issue 4, 2012, 857-884, p. 863.

⁷⁶⁶ STEDH de 15 de octubre de 2015, *Belozorov c. Rusia y Ucrania*, demanda n. 43611/02, párr. 84; STEDH de 19 de octubre de 2012, *Catan y otros c. Moldavia y Rusia*, demandas nos. 43370/04, 8252/05 y 18454/06, párr. 103; STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda n. 27765/09, párr. 70; STEDH de 7 de julio de 2011, *Al-Skeini y otros c. Reino Unido*, demanda n. 55721/07, párr. 130; STEDH de 8 de julio de 2004, *Ilaşcu y otros c. Moldavia y Rusia*, demanda n. 48787/99, párr. 311. Como sostienen ORTEGA TEROL y SÁNCHEZ LEGIDO, se trata de una “cláusula de imputación”; ORTEGA TEROL, J.M. y SÁNCHEZ LEGIDO, A., “Orden público europeo y acción exterior: el bombardeo de la OTAN en Yugoslavia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *REDE*, n. 3, 2002, 493-516, p. 505. Para entender que abarca el término “jurisdicción” es necesario acudir a las reglas generales de interpretación recogidas en el art. 31 de la CVDT. Además de estas reglas, el TEDH, a la hora de interpretar el CEDH, debe tener en cuenta cualquier norma pertinente de DI, con la finalidad de determinar la responsabilidad del Estado de conformidad con los principios rectores del DI, sin olvidar el carácter especial del CEDH como Tratado de DDHH; STEDH de 12 de diciembre de 2001 (decisión de admisibilidad), *Banković y otros c. Bélgica y otros*, demanda n. 52207/99, párr. 57.

⁷⁶⁷ MORGADES GIL, S., “La aplicación extraterritorial del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales: el concepto de jurisdicción en perspectiva cosmopolita”, en GARCÍA SEGURA, C. (Dir.), *La tensión cosmopolita. Avances y límites en la institucionalización del cosmopolitismo*, Tecnos, Madrid, 2016, 149-192, p. 186.

causalidad entre la acción emprendida por el primero y la repercusión en el segundo⁷⁶⁸. Resulta de interés el voto concurrente que acompaña a esta sentencia, en el que el juez Bonello hace hincapié en el hecho de que la aplicación del CEDH no es territorial ni extraterritorial, sino que debe ser funcional; esto es, cuando de los agentes estatales depende la supuesta violación y se encuentra al alcance del Estado el poder para castigar a los perpetradores y compensar a las víctimas, según el juez Bonello: “it would be an imposture to claim that, ah yes, that State had authority and control, but, ah no, it had no jurisdiction”⁷⁶⁹.

En este sentido, ni el CEDH ni sus trabajos preparatorios impiden una aplicación extraterritorial del art. 4 del Protocolo n. 4. Además, el CEDH es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la vista de las condiciones actuales. En consecuencia, es esencial que este tratado regional sea interpretado y aplicado de forma que los derechos contenidos en él se protejan de una forma práctica y efectiva⁷⁷⁰. Esta forma de aplicar el CEDH se puede valorar de forma positiva ya que prohíbe la existencia de “zonas grises” o “limbos jurídicos” fuera de la ley. Una interpretación en otro sentido daría cobertura a las vulneraciones de DDHH que los EP pudieran llevar a cabo *de facto*, pero sin que se pudiera aplicar *de iure* la responsabilidad que tal vulneración conlleva para el EP de conformidad con el CEDH.

3.2. La aplicación extraterritorial en el medio marítimo: el *leading case Hirsi Jamaa y otros c. Italia*

El recurso a la noción de control efectivo que permite la aplicación extraterritorial del CEDH, se viene consolidado en la jurisprudencia del TEDH. Por ejemplo, en *Medvedyev y otros c. Francia*, las autoridades francesas interceptan cerca de Cabo Verde un barco camboyano sospechoso de contrabando de drogas, con el consentimiento de Camboya. Los ocupantes del navío permanecen confinados a bordo del buque francés durante trece días, hasta desembarcar en un puerto de Francia. Los sospechosos son condenados en Francia por delitos de tráfico ilícito de drogas. Posteriormente se entabla

⁷⁶⁸ STEDH de 7 de julio de 2011, *Al-Skeini y otros c. Reino Unido*, demanda n. 55721/07, párs. 14 y 149.

⁷⁶⁹ Opinión concurrente del juez Bonello en STEDH de 7 de julio de 2011, *Al-Skeini y otros c. Reino Unido*, demanda n. 55721/07, párs. 12 y 16 de la opinión.

⁷⁷⁰ Entre otras, STEDH de 24 de enero de 2017, *Khamtokhu y Aksenchik c. Rusia*, demandas nos. 60367/08 y 961/11, pár. 73; STEDH de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia*, demanda n. 16483/12, pár. 17; STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda n. 27765/09, pár. 175; STEDH de 12 de noviembre de 2008, *Demir y Baykara c. Turquía*, demanda n. 34503/97, pár. 146; STEDH de 4 de febrero de 2005, *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, demandas n. 46827/99 y 46951/99, pár. 121; STEDH de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, demanda n. 14038/88, pár. 102.

un proceso ante el TEDH en el que se impugna la legalidad de la detención, así como el retraso en llevar a los detenidos ante un tribunal, de conformidad con los arts. 5.1 y 5.3 del CEDH. El TEDH mantiene que los demandantes se encuentran bajo la jurisdicción de Francia y que se produce una vulneración de los arts. 5.1 y 5.3 por tratarse de una detención arbitraria⁷⁷¹.

Sin embargo, hasta 2012 nunca había sido aplicada la noción de control efectivo a la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros. Con *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, la Gran Sala del TEDH analiza y concluye, por primera vez, la violación de la citada disposición, en una aplicación extraterritorial del CEDH, por las acciones llevadas a cabo por las autoridades italianas en alta mar; esto es, de conformidad con la aplicación del criterio de jurisdicción efectiva⁷⁷².

En este caso, once nacionales somalíes y trece eritreos, que formaban parte de un grupo de doscientas personas, embarcan en Libia con destino a Italia. El 6 de mayo de 2009 todos ellos son interceptados en alta mar por el Servicio de Vigilancia Aduanera de la policía italiana y de los Guardacostas a 35 millas náuticas al sur de Lampedusa. Los ocupantes de las embarcaciones son trasladados a Trípoli en barcos militares italianos y entregados a las autoridades libias. Según el Gobierno italiano, con estas acciones se da cumplimiento a los acuerdos bilaterales de cooperación con Libia para luchar contra la inmigración clandestina. Los demandantes alegan que no se les comunica la decisión de transferirles a las autoridades de Libia, ni son identificados, además de serles confiscados sus documentos y otros efectos personales. El Gobierno italiano se atreve a negar la existencia de un control efectivo, a pesar de que las patrulleras pertenecían al Estado

⁷⁷¹ STEDH de 29 de marzo de 2010, *Medvedyev y otros c. Francia*, demanda n. 3394/03. En la doctrina véase, PIEDIMONTE BODINI, S., “Fighting maritime piracy under the European Convention on Human Rights”, *European Journal of International Law*, vol. 22. n. 3, 2011, 829-848.

⁷⁷² Sobre este caso véase en la doctrina, entre otros, DE CASTRO SÁNCHEZ, C., “TEDH — Sentencia de 23.02.2012 (Gran Sala), *Hirsi Jamaa E.A. c. Italia*, 27765/09 — «Artículo 3 y 13 del CEDH; artículo 4 del Protocolo n.º 4 — Tortura y tratos inhumanos y degradantes — Derecho a un recurso efectivo — Prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros». El CEDH como límite de las políticas migratorias europeas”, *RDCE*, n. 46, 2013, 1119-1135; BOLLO AROCENA, M.D., “Push Back, expulsiones colectivas y non refoulement. Algunas reflexiones a propósito de la sentencia dictada por la Gran Sala del TEDH en el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* (2012)”, en TORRES BERNÁRDEZ, S. (Coord.), *El Derecho Internacional en el mundo multipolar del siglo XXI, Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, S.L. IPROLEX, Madrid, 2013, 647-665; en la misma obra, CARRILLO SALCEDO, J.A., “Reflexiones en torno a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Hirsi Jamaa y otros contra Italia* (sentencia de 23 de febrero de 2012)”, 687- 694; MORENO-LAX, V., “*Hirsi Jamaa and Others v. Italy* or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?”, *Human Rights Law Review*, vol. 12, issue 3, 1 september 2012, 574-598; PAPANICOLOPULU, I., “*Hirsi Jamaa v. Italy*”, *American Journal of International Law*, vol. 107, n. 2, 2013, 417-423; LENZERINI, F., “Il Principio del Non-Refoulement Dopo la Sentenza *Hirsi* della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo”, *RDI*, vol. 95, n. 3, 2012, 721-761.

italiano⁷⁷³. En *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, el TEDH confirma su jurisprudencia anterior (epígrafe 2), y afirma que existe un control efectivo:

“Cuando un Estado, mediante agentes que operan fuera de su territorio, ejerce control y autoridad, y, por lo tanto, su jurisdicción, sobre un individuo, tal Estado tiene obligación, en virtud del artículo 1, de garantizar a este individuo todos los derechos y libertades previstos en el Título 1 del Convenio que sean pertinentes en la situación de ese individuo”⁷⁷⁴.

El TEDH llega a la conclusión de que la interceptación en alta mar por las autoridades de un Estado, con la clara intención de impedir que los inmigrantes lleguen a la frontera terrestre del Estado o incluso para devolverlos a un tercero, constituye un ejercicio de jurisdicción que compromete la responsabilidad del Estado en virtud del CEDH. Estas circunstancias, unidas a la falta de un examen previo que permita evaluar la situación individual de cada uno de los solicitantes constituye una vulneración del art. 4 del Protocolo n. 4, además de la violación del art. 3 (Capítulo III) y el art. 13 (Capítulo VII.5.2.) examinado en relación con los dos artículos anteriores⁷⁷⁵.

Por tanto, siempre que se demuestre el ejercicio de jurisdicción por un EP se puede afirmar que el CEDH se aplica en todos los ámbitos, incluida la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros. Es irrelevante si los hechos tienen lugar dentro del territorio del EP o son llevados a cabo fuera del mismo. Además, si el art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH se aplicara únicamente a las expulsiones colectivas llevadas a cabo desde el territorio nacional de los EP del CEDH, un componente significativo de los patrones migratorios contemporáneos quedaría fuera del ámbito de la disposición⁷⁷⁶. Una aplicación en este sentido contravendría la esencia del CEDH, cifrada en permitir que los

⁷⁷³ STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda n. 27765/09, párr. 64.

⁷⁷⁴ STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda n. 27765/09, párr. 74. En este caso el TEDH determinó que: “los hechos tuvieron lugar exclusivamente a bordo de barcos de las fuerzas armadas italianas, cuyas tripulaciones estaban compuestas únicamente por personal militar italiano [...] en el periodo de tiempo entre el momento en que embarcaron a bordo de los barcos de las fuerzas armadas italianas y en el que fueron entregados a las autoridades libias, los demandantes estuvieron bajo el control continuo y exclusivo, de jure y de facto, de las autoridades italianas”; STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda n. 27765/09, párr. 81.

⁷⁷⁵ El Tribunal pudo observar que el “el personal a bordo de los buques militares no estaba capacitado para realizar entrevistas individuales y no recibió la asistencia de intérpretes o asesores legales”; STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda n. 27765/09, párr. 185.

⁷⁷⁶ Sobre las cuestiones jurídicas del fenómeno migratorio por rutas marítimas véase, SCOVAZZI, T., “Human Rights and Immigration at Sea”, en RUBIO-MARÍN, R. (Ed.), *Human Rights and Immigration*, Oxford University Press, United Kingdom, 2014, 212-260.

derechos contenidos en el CEDH sean protegidos de manera práctica y efectiva⁷⁷⁷. Si el TEDH hubiera fallado en sentido contrario, se habría corrido el riesgo de que el “rechazo en alta mar” se convirtiera en una práctica avalada por el TEDH y, en consecuencia, recurrente por los EP en sus políticas migratorias

De hecho, la interceptación de barcos en alta mar que transportan nacionales de terceros Estados en situación irregular es algo que ocurre con frecuencia. En estos casos, se aplica lo bien establecido en *Hirsi Jamaa y otros*. Así, en *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, la policía de fronteras italiana intercepta y expulsa a Grecia inmediatamente a los extranjeros que habían llegado clandestinamente, y a los que se les había prohibido la entrada en territorio italiano. El TEDH falla en contra del argumento del Gobierno italiano, para quien el art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH no es aplicable *ratione materiae* a los casos de denegación de entrada⁷⁷⁸. El TEDH no considera necesario, en este caso, determinar si los demandantes han sido expulsados después de llegar a territorio italiano o antes, ya que la prohibición de las expulsiones colectivas es aplicable, en cualquier caso, a ambas situaciones⁷⁷⁹.

Se debe tener en cuenta que el Proyecto de la CDI entiende por expulsión, en su propuesta de art. 2, letra a):

“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”.

Como se ha podido comprobar a lo largo del presente epígrafe, la aplicación que hace el TEDH del concepto de expulsión es el traslado de un extranjero a un tercer Estado con independencia del lugar desde donde se produzca. Por tanto, el TEDH desarrolla, a través de su jurisprudencia, un concepto autónomo de expulsión más garantista que el que ofrece la CDI.

⁷⁷⁷ Véase, entre otros, STEDH de 24 de enero de 2017, *Khamtokhu y Aksenchik c. Rusia*, demandas nos. 60367/08, y 961/11, pár. 73; STEDH de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia*, demanda n. 16483/12, pár. 17; STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda n. 27765/09, pár. 175; STEDH de 12 de noviembre de 2008, *Demir y Baykara c. Turquía*, demanda n. 34503/97, pár. 146; STEDH de 4 de febrero de 2005, *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, demandas nos. 46827/99 y 46951/99, pár. 121; STEDH de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, demanda n. 14038/88, pár. 102.

⁷⁷⁸ STEDH de 21 de octubre de 2014, *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, demanda n. 16643/09, párs. 210 y 211.

⁷⁷⁹ STEDH de 21 de octubre de 2014, *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, demanda n. 16643/09, pár. 212.

La finalidad de este concepto autónomo de expulsión va dirigida a garantizar que los derechos contenidos en el CEDH sean de aplicación a todos los sujetos que se encuentren bajo la jurisdicción de un EP. De este modo, el TEDH evita la creación de “limbos jurídicos” en los cuales los EP puedan eludir las responsabilidades internacionales que una expulsión llevada a cabo por los agentes de su Estado pudiera conllevar; ello con independencia del lugar desde el que la expulsión se produzca. Por tanto, el TEDH emplea un concepto autónomo de expulsión en el marco de lo que se podría denominar en cierto modo, parafraseando el estatuto de la CDI, desarrollo progresivo regional del DI; ya que, como se ha comprobado anteriormente, se trata de un concepto que se aparta del término de “expulsión” que se propone en el Proyecto de la CDI.

3.3. La aplicación extraterritorial en la gestión de las fronteras terrestres: el *leading case N.D. y N.T. c. España*

La aplicación del CEDH también se ha planteado en el ámbito de las políticas llevadas a cabo por el Gobierno español para el control de las fronteras que separan Ceuta y Melilla de Marruecos. Una de las medidas adoptadas por España para evitar el cruce irregular de extranjeros, consiste en la puesta en marcha de los denominados “rechazos en frontera”, o como se ha rebautizado en ámbitos periodísticos, “devoluciones en caliente”. Con esta definición la doctrina hace referencia a:

“la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado consistente en la entrega a las autoridades marroquíes por vía de hecho de ciudadanos extranjeros que han sido interceptados por dichos Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en zona de soberanía española sin seguir el procedimiento establecido legalmente ni cumplir las garantías internacionalmente reconocidas”⁷⁸⁰.

Estas devoluciones son efectuadas sin autorización judicial, sin que medie asistencia letrada y, lo que es más importante para el presente objeto de estudio, sin un examen individualizado que permita al sujeto, entre otras cosas, solicitar protección internacional. En concreto, estas actividades son llevadas a cabo en la valla que separa las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla de Marruecos.

⁷⁸⁰ VV.AA., “«Expulsiones en caliente»: cuando el Estado actúa al margen de la ley”, Informe jurídico promovido desde el Proyecto I+D+i Iusmigrante (DER 2011- 26449), de 27 de junio de 2014, p. 2. Disponible en: http://eprints.ucm.es/25993/1/INFORME%20%20EXPULSIONES%20EN%20CALIENTE.%2027_6_2014%20%281%29.pdf

En el contexto de las actividades de España dirigidas a la gestión de sus fronteras en este entramado fronterizo, las autoridades españolas defienden un “concepto operativo de frontera”⁷⁸¹, a los solos efectos de extranjería, que determina que la entrada ilegal en España de inmigrantes solo se entiende consumada cuando se rebasa completamente las nada menos que tres vallas que separan Ceuta y Melilla de Marruecos⁷⁸². Así pues, según las autoridades españolas, solamente a aquellos extranjeros que consigan saltar el triple vallado y pongan pie en “territorio español”, les será de aplicación el régimen de extranjería previsto en la LODYLE⁷⁸³ y por tanto las garantías que este procedimiento conlleva, como es el derecho a un recurso efectivo de los actos administrativos (Capítulo VII.5.), el derecho a un abogado (Capítulo VII.7.), así como el derecho a un intérprete (Capítulo VII.8.), entre otras. Conviene resaltar la importancia de esta última garantía a los efectos de que el extranjero pueda dar a conocer sus circunstancias personales para que, de este modo, puedan ser tenidas en cuenta por la autoridad que decida la expulsión; criterio exigido por el TEDH para descartar el carácter colectivo de una expulsión (epígrafe 3.2.).

El legislador español ha pretendido dotar de cobertura jurídica a estas devoluciones en caliente a través de una disposición final primera a la LO 4/2015 de Seguridad Ciudadana⁷⁸⁴, con la que se reforma la LODYLE, al incorporar la citada disposición titulada “Régimen especial de Ceuta y Melilla”⁷⁸⁵.

Universitat d'Alacant

⁷⁸¹ El concepto operativo de frontera se describe en la Orden de Servicio 6/2014 titulado “Dispositivo anti intrusión en la valla perimetral de Melilla y Protocolo operativo de vigilancia de fronteras” firmado por el Coronel Jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla el 11 de abril de 2014, como: “en este sistema de vallas, la valla interna materializa la línea que delimita, a los solos efectos de extranjería, el territorio nacional. De tal forma que cuando los intentos de entrada ilegal llevados a cabo por los inmigrantes, a vanguardia de esta línea, son contenidos y rechazados por la fuerza encargada de la custodia y vigilancia de la frontera, no se produce ninguna entrada ilegal efectiva, la cual sólo se consume definitivamente cuando el inmigrante rebasa la valla interna antes citada, en cuyo caso alcanza el territorio nacional y, a estos efectos, queda sujeto al régimen general de extranjería”.

⁷⁸² Para un estudio de este triple vallado, véase, ACOSTA SÁNCHEZ, M.A., *Las fronteras internacionales de España en África: Melilla*, Reus, Madrid, 2016, pp. 74-83. Puede verse un gráfico sobre esta valla en eldiario.es, “Frontera en Melilla: drama humanitario”, disponible en: https://www.eldiario.es/desalambre/valla_de_melilla/

⁷⁸³ LO 4/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros y de su integración social, y sus posteriores reformas (BOE n. 299, de 12 de diciembre de 2009).

⁷⁸⁴ LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (BOE n. 77, de 31 de marzo de 2015)

⁷⁸⁵ En concreto, la disposición final primera reza del siguiente modo: “1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España. 2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte. 3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en materia de protección internacional”.

Pese a que las “devoluciones en caliente” son llevadas a cabo desde 2005, hasta 2015 no se plantean dos demandas ante el tribunal de Estrasburgo por una expulsión realizada siguiendo el patrón establecido por la mencionada disposición final primera⁷⁸⁶. Se trata del caso *N.D. y N.T. c. España*. Los hechos se pueden relatar del siguiente modo: los demandantes *N.D.*, ciudadano de Malí, y *N.T.*, ciudadano de Costa de Marfil, intentan saltar la valla que separa a Marruecos de Melilla, el 13 de agosto de 2014, junto con un grupo de más de 70 extranjeros. Los demandantes consiguen descender de la tercera y última valla con ayuda de las fuerzas de seguridad españolas, quienes esposan a los demandantes nada más poner los pies en el suelo. Acto seguido todos ellos son devueltos a Marruecos por las fuerzas de seguridad españolas, sin que medie ningún procedimiento de identificación o garantía procesal. Una vez en Marruecos –concretamente en la comisaría de Nador–, solicitan asistencia médica, pero les es denegada. Finalmente, los demandantes, junto con otras personas, son trasladados a unos 300 km de Nador, donde son abandonados a su suerte⁷⁸⁷.

El Gobierno español mantiene que los hechos en cuestión se producen fuera de la jurisdicción del Estado, ya que los demandantes no han conseguido superar el puesto fronterizo de Melilla y, según el Gobierno español, no han entrado en España. Por consiguiente, la actuación de las fuerzas de seguridad españolas se limita a impedir la entrada de los inmigrantes en territorio español⁷⁸⁸. A la vista de los hechos en *N.D. y N.T.*,

⁷⁸⁶ Sobre la aplicación de la jurisprudencia del TEDH, en especial, la relativa a la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros al caso *N.D. y N.T. c. España*, véase SOLER GARCÍA, C., “La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial referencia al caso de España”, *RGDE*, n. 45, 2018, 107-160. Sobre este caso véase también SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., “Las «devoluciones en caliente» en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, AS. N.D. y N.T. vs. España, de 03.10.2017)”, *Civitas. REDE*, n. 65, enero-marzo 2018, 101-135; SOLANES CORRELLA, A., “La protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las «devoluciones en caliente»”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 26, 2017, 197-225; HAKIKI, H., “Summary land border expulsions in front of the ECtHR: ND and NT v Spain”, *European Database of Asylum Law*, october 25, 2017. Disponible en: <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/journal/summary-land-border-expulsions-front-ecthr-nd-and-nt-v-spain>

⁷⁸⁷ STEDH de 3 de octubre de 2017, *N.D. y N.T. c. España*, demandas nos. 8675/15 y 8697/15, párs. 12 y 13. Con posterioridad a estos hechos hay un segundo intento de salto en el cual los demandantes logran entrar en territorio español. En esta ocasión, al conseguir sortear el triple vallado y descender del mismo, no se aplica el “rechazo en frontera”. Por consiguiente, sendos procedimientos de expulsión son iniciados contra ellos y, al no ser de aplicación el “rechazo en frontera”, se aplican las garantías establecidas por la LODYLE, entre ellas, la asistencia por abogados; STEDH de 3 de octubre de 2017, *N.D. y N.T. c. España*, demandas nos. 8675/15 y 8697/15, pár. 15. El TEDH se centra en el primer intento de entrar en España a través del puesto fronterizo de Melilla, ya que la demanda se basa en los derechos vulnerados en ese primer intento de salto, con independencia de los hechos acontecidos con posterioridad.

⁷⁸⁸ Esta afirmación se sustenta sobre el argumento defendido por el Gobierno español acerca de que el triple vallado se encuentra construido, íntegramente, en territorio marroquí. Por el contrario, diversas instancias internacionales dedicadas a la protección de los DDHH han confirmado que el triple vallado que separa Ceuta y Melilla de Marruecos se encuentra íntegramente construido en territorio español. Véase a este

y siguiendo su jurisprudencia relativa a la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros, el TEDH llega a la conclusión de que las “devoluciones en caliente” llevadas a cabo en el triple vallado fronterizo que separa España de Ceuta y Melilla son expulsiones colectivas, contrarias al art. 4 del Protocolo n. 4 del CEDH. Para el Tribunal es evidente que un procedimiento semejante, “no permite de ningún modo dudar del carácter colectivo de las expulsiones criticadas”⁷⁸⁹. El caso *N.D. y N.T.* es el séptimo en el que el TEDH concluye la existencia de una violación de la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros⁷⁹⁰.

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal no entra a debatir sobre la ubicación geográfica del triple vallado. Considera que no es necesario negar o aceptar la tesis del Gobierno español según la cual los demandantes no se encontraban en territorio español cuando son detenidos por las fuerzas de seguridad y posteriormente trasladados a Marruecos. Se limita a recordar que: “desde el momento en que hay un control sobre los demás, se trata en esos casos de un control de jure ejercido por el Estado en cuestión sobre los individuos afectados [...] es decir, un control efectivo”. De manera que, en opinión del tribunal de Estrasburgo: “desde el momento en que los demandantes descendieron de las vallas fronterizas, se encontraron bajo el control continuo y exclusivo, al menos de facto, de las autoridades españolas”⁷⁹¹. Con lo que dicho Tribunal confirma su jurisprudencia en *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*. Ahora bien, se debe señalar que *N.D. y*

Universitat d'Alacant

respecto, Defensor del Pueblo, “Informe anual 2005 y debates en las Cortes Generales”, Madrid, 2006, p. 292; CPT, “Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the CPT from 14 to 18 July 2014”, CPT/Inf (2015) 19, 9 de abril de 2015, párr. 40. En la doctrina véase, GONZÁLEZ GARCÍA, I., “Rechazo en las fronteras exteriores europeas con Marruecos: inmigración y derechos humanos en las vallas de Ceuta y Melilla, 2005-2017”, *RGDE*, n. 43, 2017, 17-53, pp. 152 y 153; ACOSTA SÁNCHEZ, M.A., *Las fronteras internacionales de España en África: Melilla*, Reus, Madrid, 2016, pp. 30 y 95. En este sentido, como afirma TIRADO ROBLES: “el único concepto a considerar en Derecho es el concepto jurídico, que tiene una base sólida en convenios en los que España está comprometida y que no son susceptibles de sustitución por conceptos no jurídicos [así como tampoco] pueden sustituirse por una ley interna”; TIRADO ROBLES, C., “La aplicación del Derecho español y del Derecho de la UE en Ceuta y Melilla: control de fronteras exteriores y derechos humanos”, en ALCAIDE FERNÁNDEZ, J. y PETIT DE GABRIEL, E.W. (Eds.), *España y la Unión Europea en el orden internacional. XXVI Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales*. Universidad de Sevilla, 15 y 16 de octubre de 2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 235-245, pp. 242 y 243.

⁷⁸⁹ STEDH de 3 de octubre de 2017, *N.D. y N.T. c. España*, demandas nos. 8675/15 y 8697/15, párr. 107.

⁷⁹⁰ Los anteriores seis casos son: STEDH de 20 de diciembre de 2016, *Shiozhvili y otros c. Rusia*, demanda n. 19356/07; STEDH de 20 de diciembre de 2016, *Berdzenishvili y otros c. Rusia*, demandas nos. 14594/07, 14597/07, 14976/07, 14978/07, 15221/07, 16369/07 y 16706/07; STEDH de 21 de octubre de 2014, *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, demanda n. 16643/09; STEDH de 3 de julio de 2014, *Georgia c. Rusia (I)*, demanda n. 13255/07; STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda n. 27765/09; STEDH de 5 de febrero de 2002, *Čonka c. Bélgica*, demanda n. 51564/99.

⁷⁹¹ STEDH de 3 de octubre de 2017, *N.D. y N.T. c. España*, demandas nos. 8675/15 y 8697/15, párr. 54.

N.T. se encuentra en estos momentos encima de la mesa de la Gran Sala, a quien le ha sido reenviado el caso en aplicación del art. 43 del CEDH⁷⁹².

Conviene añadir que, a día de hoy, existen dos casos pendientes ante el TEDH, a la espera de ser admitidos y cuyos hechos son muy similares a los acontecidos en *N.D.* y *N.T.* El primero de ellos es *Doumbe y Nnabuchi c. España*. En este caso el demandante, junto con un grupo de subsaharianos, trata de entrar de forma ilegal en España a través del cruce fronterizo de Melilla y logra descender de la tercera valla con ayuda de una escalera proporcionada por los Guardias Civiles españoles. A medio camino del descenso, la Guardia Civil propina diversos golpes al demandante quien es entregado, sin ningún tipo de identificación, a las autoridades marroquíes. Los demandantes alegan la vulneración del art. 3; el art. 5.1, letra f), el art. 5.2 y art. 13 en relación con el art. 5.1, letra f) del CEDH, así como del art. 4 del Protocolo. 4 al CEDH, y del art. 13, en relación este último con el art. 3 y el art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH⁷⁹³.

El segundo caso es *Balde y Abel c. España*. Los demandantes denuncian la expulsión llevada a cabo por las autoridades españolas a Marruecos, así como los malos tratos a los que son sometidos en la frontera de Ceuta en el momento de ser detenidos. Los demandantes también alegan el carácter colectivo de la expulsión, así como el riesgo de tratos contrarios al art. 3 en Marruecos como consecuencia de su expulsión. Además, ponen de manifiesto, por un lado, que no han podido solicitar protección internacional o protección por razones humanitarias y, por otro lado, que la situación de los demandantes no ha sido examinada de forma individual por las autoridades españolas. Por todo ello, los demandantes alegan la vulneración del art. 3 del CEDH, del art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH, así como del art. 13 en relación al art. 3 y el art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH⁷⁹⁴.

Por tanto, si la Gran Sala confirma la sentencia de la sala de siete jueces, es muy probable que *N.D.* y *N.T.* no sea el último caso en el que el TEDH se pronuncie sobre la

⁷⁹² El art. 43 del CEDH contempla la remisión ante la Gran Sala en los siguientes términos: “1. En el plazo de tres meses a partir de la fecha de la sentencia de una Sala, cualquier parte en el asunto podrá solicitar, en casos excepcionales, la remisión del asunto ante la Gran Sala; 2. Un colegio de cinco jueces de la Gran Sala aceptará la solicitud si el asunto plantea una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus Protocolos o una cuestión grave de carácter general; 3. Si el colegio acepta la solicitud, la Gran Sala se pronunciará sobre el asunto mediante sentencia”. De conformidad con este artículo, el 29 de enero de 2018, un panel de cinco jueces del tribunal de Estrasburgo decidió aceptar la petición del Estado español, con el fin de que la Gran Sala conozca del caso y emita un nuevo fallo; véase la nota informativa en la que se informa del reenvío del caso a la Gran Sala en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22002-11834%22%5D%7D>

⁷⁹³ *Doumbe y Nnabuchi c. España*, demanda n. 19420/15, comunicado al Gobierno español el 14 de diciembre de 2015.

⁷⁹⁴ *Balde y Abel c. España*, demanda n. 20351/17, comunicado al Gobierno español el 12 de junio de 2017

prohibición de las expulsiones colectivas en relación con las denominadas “devoluciones en caliente”.

3.4. La prohibición de diseñar y ejecutar políticas contrarias al art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH

Tanto en *Hirsi Jamaa y otros*, como en *N.D. y N.T.*, los Estados demandados son Estados de la cuenca norte del Mediterráneo. El tribunal de Estrasburgo reconoce las dificultades que afrontan los Estados situados en esta latitud para hacer frente a la llegada de inmigrantes y solicitantes de asilo. Tampoco subestima que la carga de trabajo relativa a la gestión de la inmigración se ha visto agravada por un contexto marcado por la crisis económica y las últimas transformaciones sociales y políticas que han afectado muy particularmente a determinadas regiones de África y del Medio Oriente⁷⁹⁵. No obstante, el TEDH se ha mostrado firme al sostener que: “los problemas relativos a la gestión de flujos migratorios no pueden servir para justificar la utilización de prácticas incompatibles con las obligaciones de un Estado en virtud del Convenio”⁷⁹⁶.

Como ejemplo de política contraria al CEDH y, más en concreto, al art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH, cabe hacer referencia al caso *Georgia c. Rusia (I)*⁷⁹⁷. Entre finales de septiembre de 2006 y finales de enero de 2007 los medios de comunicación internacionales informan de las expulsiones de ciudadanos georgianos llevadas a cabo por la Federación de Rusia⁷⁹⁸. Tales hechos son parte de la política coordinada de arresto, detención y expulsión de nacionales georgianos por parte de la Federación de Rusia con motivo de las tensiones políticas que mantiene dicho Estado con Georgia. Los informes del “PACE Monitoring Committee” ponen de manifiesto que se aprecia una actuación coordinada de las autoridades administrativas y judiciales y que las expulsiones siguen un mismo patrón: los georgianos son detenidos en la calle bajo el pretexto de examinar su documentación; acto seguido son detenidos en las estaciones de la milicia en la que se reúnen en grandes grupos y son puestos a disposición de los tribunales ante los que se toman las decisiones de expulsión y ejecución de las mismas⁷⁹⁹.

⁷⁹⁵ STEDH de 3 de octubre de 2017, *N.D. y N.T. c. España*, demandas nos. 8675/15 y 8697/15, pár. 101; STEDH de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia*, demanda n. 16483/12, pár. 241; STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda n. 27765/09, párs. 122 y 176; STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n. 30696/09, pár. 223.

⁷⁹⁶ STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda n. 27765/09, pár. 179.

⁷⁹⁷

⁷⁹⁸ STEDH de 3 de julio de 2014, *Georgia c. Rusia (I)*, demanda n. 13255/07, párs. 22 y 23.

⁷⁹⁹ STEDH de 3 de julio de 2014, *Georgia c. Rusia (I)*, demanda n. 13255/07, pár. 172.

Existe, incluso, un acuerdo preliminar concluido entre el Gobierno ruso y sus propios tribunales que permite la expulsión de los georgianos mediante un procedimiento en el que ninguno de los afectados goza de representación letrada y en el que el tribunal no examina cada caso de forma individual. Estos procedimientos tienen una duración aproximada de entre dos y diez minutos. Además, con frecuencia los afectados no son invitados a pasar al interior de la sala del juzgado, por lo que durante el tiempo que dura el procedimiento por el que se decide su expulsión suelen esperar en los pasillos o incluso en el coche que les lleva hasta allí⁸⁰⁰. De modo que, aunque en términos formales exista una decisión judicial individual para cada uno de los demandantes, un procedimiento como el descrito hace imposible llevar a cabo un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada uno de los demandantes. Por consiguiente, el TEDH concluye que la política de expulsión de georgianos emprendida por el Gobierno ruso es una expulsión colectiva de extranjeros contraria al art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH⁸⁰¹.

Un par de años después de *Georgia c. Rusia (I)*, el TEDH vuelve a condenar a la Federación de Rusia ante las demandas presentadas, nuevamente, por ciudadanos georgianos. En *Shioshvili y otros c. Rusia*, una mujer georgiana, en avanzado estado de gestación y madre de cuatro hijos menores, interpone una demanda ante el TEDH por considerarse objeto de una expulsión colectiva. El TEDH da la razón a la demandante tras valorar la situación a la que se ve sometida en el contexto de expulsión de nacionales georgianos desde 2006, sin que se haya llevado a cabo un examen individualizado de su situación⁸⁰². A la misma conclusión llega el TEDH en *Berdzenishvili y otros c. Rusia*, en el que catorce ciudadanos georgianos son expulsados por tribunales rusos durante 2006 y 2007⁸⁰³.

El TEDH ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la ejecución por parte de un EP de acciones que se encuadran en el marco de una política europea migratoria decidida en el seno de la UE, pero que, a su vez, transgreden las obligaciones que dicho Estado tiene de conformidad con el CEDH. Según el CEDH, no hay forma de expulsión colectiva e indiscriminada que pueda ser justificada. Por tanto, un EP no puede alegar el cumplimiento de las políticas migratorias de la UE para eludir sus obligaciones de respeto y aplicación del CEDH y sus Protocolos. Las actuaciones llevadas a cabo por los EP en

⁸⁰⁰ STEDH de 3 de julio de 2014, *Georgia c. Rusia (I)*, demanda n. 13255/07, pág. 172.

⁸⁰¹ STEDH de 3 de julio de 2014, *Georgia c. Rusia (I)*, demanda n. 13255/07, págs. 174 a 178.

⁸⁰² STEDH de 20 de diciembre de 2016, *Shioshvili y otros c. Rusia*, demanda n. 19356/07, pág. 72.

⁸⁰³ STEDH de 20 de diciembre de 2016, *Berdzenishvili y otros c. Rusia*, demandas nos. 14594/07, 14597/07, 14976/07, 14978/07, 15221/07, 16369/07 y 16706/07, págs. 83 y 84.

el CEDH en el marco de la aplicación del DUE, deben al mismo tiempo cumplir el Convenio de Roma de 1950⁸⁰⁴. En concreto, el TEDH se ha pronunciado acerca de la vulneración del art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH –así como de otras disposiciones del CEDH–, con ocasión de la puesta en marcha por parte de algunos EP de medidas tendentes a dar cumplimiento al denominado “Sistema Dublín”. Se trata de un procedimiento que se enmarca dentro del SECA y que determina el EM responsable de examinar una solicitud de asilo en el seno de la UE⁸⁰⁵.

En *Sharifi y otros. Italia y Grecia*, el Estado italiano traslada a cientos de personas de nacionalidad afgana a Grecia, ya que es este país y no Italia el encargado de tramitar las solicitudes de asilo conforme a lo dispuesto en el Sistema Dublín. En concreto, los demandantes, treinta y dos nacionales afganos, dos sudaneses y un eritreo, alegan ser objeto de una expulsión colectiva e indiscriminada por parte de Italia. El TEDH considera

⁸⁰⁴ STEDH de 21 de octubre de 2014, *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, demanda n. 16643/09, p. 223; STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n. 30696/09, párs. 338 a 340. En este punto cabe plantear si, por ejemplo, lo acordado en la Declaración UE-Turquía, relativa al traslado de solicitantes de refugio de Grecia a Turquía, no supone una expulsión colectiva de extranjeros; Declaración UE-Turquía, de 18 de marzo de 2016. Disponible en: <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>. Acerca de este acuerdo y la controversia suscitada por el mismo, véase en la doctrina, SANTOS VARA, J., “La declaración Unión Europea-Turquía de 18 de marzo de 2016: ¿Un tratado disfrazado?”, en MARTÍNEZ CAPDEVILA, C. y MARTÍNEZ PÉREZ E.J. (Dirs.), *Retos para la acción exterior de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 289-300; DEL VALLE GÁLVEZ, A., “Los refugiados, las fronteras exteriores y la evolución del concepto de frontera internacional”, *RDCE*, n. 55, 2016, 759-777, en especial p. 776; SPIJKERBOER, T., “Minimalist Reflections on Europe, Refugees and law”, *European papers: a journal on law and integration*, vol.1, n.2, 2016, 533-558. Por su parte, la Comisión Europea opina que no se trata de expulsiones en tal sentido, si no que se estaría ante retornos de migrantes a gran escala; Comisión Europea, “Nuevas medidas operativas de la cooperación UE-Turquía en el ámbito de la migración”, COM(2016) 166 final, Bruselas, 16 de marzo de 2016. Teniendo en cuenta la práctica legislativa y administrativa de las autoridades españolas en relación a las devoluciones en caliente, llama la atención que, al mismo tiempo, el Gobierno español mantenga que la aplicación de la Declaración UE-Turquía deba llevarse a cabo por medio de un tratamiento individualizado de todo aquel que llegue a territorio europeo permitiendo a los sujetos presentar una solicitud de asilo y, en su caso, plantear un recurso con efecto suspensivo. De tal modo que, según el Gobierno español: “España se opone a toda expulsión colectiva de refugiados”; El mundo, “España amenaza con bloquear el acuerdo con Turquía sobre los refugiados”, 14 de marzo de 2016. Disponible en: <http://www.elmundo.es/espana/2016/03/14/56e68aa7ca4741a4158b45ae.html>

⁸⁰⁵ El principio esencial del Reglamento Dublín implica que la responsabilidad de examinar las solicitudes recaiga en el EM que haya desempeñado el papel más preponderante en la entrada o residencia del solicitante en la UE. Los criterios para determinar la responsabilidad varían, por orden jerárquico, desde las consideraciones familiares a la posesión reciente de un visado o permiso de residencia en un EM, o a las circunstancias de entrada del solicitante en la UE (irregular o regular); Comisión Europea, “Un sistema europeo común de asilo”, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la UE, 2014, p. 7. Disponible en: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/docs/ceas-fact-sheets/ceas_factsheet_es.pdf A día de hoy el sistema Dublín se encuentra regulado en el ya citado Reglamento (UE) n. 604/2013. Este Reglamento es conocido como “Reglamento Dublín III”. El 16 de noviembre de 2017, los eurodiputados adoptaron la posición del Parlamento sobre la reforma del sistema de Dublín, lo que significa que la Cámara está preparada para comenzar las negociaciones con el Consejo y lo hará tan pronto como los EM hayan acordado su propia posición de negociación; Nota de prensa del Parlamento Europeo, “Mejorar el sistema europeo común de asilo”, 14 de julio de 2017. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/priorities/inmigracion/20170627STO78418/mejorar-el-sistema-europeo-comun-de-asilo>

que las medidas a las que son sometidos los demandantes en el puerto de Ancona, en Italia, se deben calificar de expulsiones colectivas contrarias al art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH⁸⁰⁶.

En definitiva, si los EM llevan a cabo acciones tendentes a dar cumplimiento a sus obligaciones como miembros de una OI de integración, como la UE, deben hacerlo cumpliendo con sus obligaciones como miembros de otra organización de cooperación, como es el COE. El EP debe llevar a cabo un análisis individualizado de cada uno de los sujetos objeto de expulsión para determinar que, en este caso, Grecia es el responsable de tramitar las solicitudes de asilo, en lugar de expulsarlos a todos⁸⁰⁷. En suma, en *Sharifi y otros. Italia y Grecia* se afirma que las expulsiones inmediatas e indiscriminadas de los extranjeros con destino a Grecia son expulsiones colectivas de extranjeros contrarias al art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH⁸⁰⁸.

4. A MODO DE RECAPITULACIÓN

En sus comentarios al art. 9 del Proyecto, en el que se prohíben las expulsiones colectivas de extranjeros, la CDI reconoce que basa su propuesta en la jurisprudencia del TEDH, por lo que recoge la definición de expulsión colectiva que viene aplicando el tribunal de Estrasburgo en su jurisprudencia.

En primer lugar, la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros se recoge en varios tratados regionales de protección de los DDHH con una redacción muy escueta en todos ellos; como sucede en el Protocolo n. 4 al CEDH. No obstante, gracias al

⁸⁰⁶ Además de por violación del art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH, el TEDH condena a Italia por violación del art. 13 en combinación con el art. 3 del CEDH y el art. 4 del Protocolo n. 4 al mismo, debido a la falta de acceso de los demandantes a un procedimiento de asilo o a cualquier otro recurso en el puerto de Ancona. El tribunal de Estrasburgo también constata una vulneración del art. 3 del CEDH por parte de Italia debido a que las autoridades italianas, al expulsar a Grecia a los demandantes, los habían expuesto a los riesgos derivados de las deficiencias en el procedimiento de asilo en ese país. Asimismo, el TEDH señaló que Grecia había vulnerado el art. 13 en combinación con el art. 3 del CEDH debido a la falta de acceso al procedimiento de asilo de los demandantes, así como por el riesgo de expulsión a Afganistán, donde era probable que, en el caso de ejecutarse la expulsión, los demandantes fueran sometidos a malos tratos.

⁸⁰⁷ Para determinar si Grecia es o no competente para tramitar la solicitud de asilo de alguno de los solicitantes, las autoridades italianas tendrían que haber procedido a un análisis individualizado de la situación de cada uno de ellos en lugar de llevar a cabo una expulsión en bloque; STEDH de 21 de octubre de 2014, *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, demanda n. 16643/09, pár. 224.

⁸⁰⁸ Además, el TEDH toma buena nota de los informes que le son presentados por las terceras partes intervinientes, quienes describen episodios de expulsiones indiscriminadas a Grecia por parte de las autoridades fronterizas italianas en los puertos del mar Adriático. Lo que priva a los afectados de cualquier tipo de derecho procesal o sustantivo. Los demandantes solo han podido tener acceso a un intérprete, además, la información sobre la posibilidad de solicitar asilo fue posible gracias únicamente a la buena voluntad de la policía fronteriza. En la mayoría de los casos, los extranjeros eran enviados directamente en buques desde Italia hacia Grecia; STEDH de 21 de octubre de 2014, *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, demanda n. 16643/09, párs. 214 a 225.

desarrollo de la estructura institucional en el ámbito regional europeo y la creación de tribunales internacionales en su seno, el tribunal de Estrasburgo ha desarrollado una jurisprudencia que permite precisar qué cabe entender por expulsión colectiva de extranjeros.

En segundo lugar, según la jurisprudencia del TEDH en relación a la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros, las condiciones que permiten determinar si se vulnera o no tal prohibición se pueden sintetizar en dos. En primer lugar, la realización de un examen individual de las circunstancias del extranjero objeto de expulsión, lo suficientemente personalizado como para permitir conocer sus circunstancias concretas. En segundo lugar, en el caso concreto la decisión de expulsión debe tomar debidamente en consideración la situación específica de las personas involucradas en la medida. Por lo que la exigencia de un examen individual va más allá de la mera identificación de la persona o su país de origen. La decisión sobre si se debe expulsar o no al extranjero debe fundamentarse en las circunstancias concretas de la persona identificada, así como en el riesgo asociado a ella y a su Estado de origen en caso de expulsión.

En tercer lugar, la aplicación extraterritorial que realiza el TEDH del art. 4 del Protocolo n. 4, permite valorar que el tribunal de Estrasburgo crea un concepto autónomo de expulsión que se aparta del término “expulsión” que la CDI propone en su Proyecto. El concepto de expulsión que aplica el TEDH es mucho más amplio, se podría decir que omniconceptivo, ya que incluye cualquier traslado de un extranjero a un tercer Estado, con independencia del lugar desde donde se produzca, ya sea el territorio del EP, ya sea alta mar, como sucede en *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, o incluso el “limbo jurídico” que pretenden crear los Estados en los entrecallados que separan sus fronteras, como se demuestra en *N.D. y N.T. c. España*, o incluso en las denominados “zonas de tránsito” de aeropuertos (Capítulo III.4); eso sí, siempre que el traslado sea efectuado por las autoridades del EP. Se trata de una aplicación del CEDH eminentemente garantista con los DDHH de los extranjeros, teniendo en cuenta el principio del efecto útil a la hora de interpretar las disposiciones del CEDH. Por tanto, el concepto de expulsión que defiende el TEDH en su jurisprudencia es más garantista que el asumido por la CDI. La finalidad de este concepto autónomo de expulsión va dirigida a garantizar que los derechos contenidos en el CEDH sean de aplicación a todos los sujetos que se encuentren bajo la jurisdicción de un EP. Se podría entender como un “desarrollo progresivo” del concepto de expulsión, con la finalidad de que se garanticen de forma efectiva los DDHH de los extranjeros en este tipo de situaciones.

Desde la perspectiva de la efectiva aplicación de los DDHH regulados en el CEDH, merece una valoración positiva esta aplicación garantista y proteccionista de los derechos que recoge el art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH, según es interpretado por el TEDH. Esta jurisprudencia puede ser relevante en un futuro próximo, si se tiene en cuenta el creciente proceso de externalización de los flujos migratorios que se ha producido en los últimos años, como así lo demuestra la controvertida Declaración UE-Turquía. Por tanto, es muy probable que el TEDH vuelva a pronunciarse sobre la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros, y de hecho existen dos casos pendientes ante el Tribunal relativos a las llamadas “devoluciones en caliente”.

En cuarto lugar y por último, la jurisprudencia del TEDH desarrollada en materia de prohibición de las expulsiones colectivas condiciona las políticas migratorias llevadas a cabo por EM del COE, así como las políticas migratorias de la propia UE. Desde la perspectiva de la protección de los DDHH es muy importante dotar de contenido a la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros y contribuir a evitar la existencia de “limbos jurídicos”, en los cuales los EP puedan eludir las responsabilidades internacionales que una expulsión llevada a cabo por sus agentes puede conllevar. La interpretación que el TEDH hace del CEDH y sus Protocolos en el ámbito de la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros permite dotar de contenido y de alcance a esta prohibición. Esta jurisprudencia sobre prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros, proveniente del sector normativo de los DDHH, condiciona la soberanía de los Estados y limita claramente la discrecionalidad de la que disfrutaban en el DI clásico en el ámbito de la expulsión de extranjeros.

Capítulo V

EL RESPETO DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR COMO LÍMITE A LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

1. INTRODUCCIÓN

La expulsión de un extranjero del territorio de un Estado puede afectar tanto a su vida privada como a su vida familiar. En este sentido, el art. 18 del Proyecto de la CDI establece lo siguiente:

“El Estado expulsor respetará el derecho a la vida familiar del extranjero objeto de expulsión. No interferirá de manera arbitraria o ilícita en el ejercicio de ese derecho”.

Esta propuesta de art. 18 se inspira en la jurisprudencia del TEDH y, en concreto, en la noción de “justo equilibrio” que desarrolla el tribunal de Estrasburgo para evaluar los intereses del Estado y los derechos del extranjero en cuestión, a la que se hará referencia en los siguientes epígrafes de este Capítulo⁸⁰⁹. De hecho, el Ponente de la CDI, teniendo en cuenta la jurisprudencia del TEDH relativa a la vida privada y familiar, también quiso incluir el respeto a la vida privada de los extranjeros como límite para su expulsión⁸¹⁰. Sin embargo, algunos miembros de la CDI opinaron que era preferible suprimir la referencia a la vida privada, debido a que consideraban que este derecho no tenía necesariamente un vínculo directo con la problemática de la expulsión⁸¹¹.

El derecho al respeto de la vida privada y familiar se encuentra recogido en varios instrumentos internacionales y regionales de protección de los DDHH. El art. 17 del PIDCP regula el derecho a la vida privada y familiar, y prohíbe las injerencias o ataques ilegales contra este derecho⁸¹². El CDH considera que determinadas medidas adoptadas por un EP, como es la expulsión de extranjeros, pueden constituir una injerencia en la

⁸⁰⁹ Proyecto de la CDI, Doc. A/69/10, comentario 5) a la propuesta de art. 18, p. 50.

⁸¹⁰ CDI, “Quinto informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/611, 27 de marzo de 2009, p. 53, párr. 147.

⁸¹¹ Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 61º periodo de sesiones 4 de mayo a 5 de junio y 6 de julio a 7 de agosto de 2009. AG, Documentos Oficiales. 64º periodo de sesiones. Suplemento nº 10 (A/64/10), NU, Nueva York, 2009, párr. 130 y 142.

⁸¹² Véase, CDH, Observación general n. 15, “La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto”, 27º periodo de sesiones (1986), párr. 7.

vida familiar, derecho que el Pacto garantiza a todas las personas⁸¹³. En el ámbito regional europeo, el art. 8 del CEDH preceptúa lo siguiente:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

La expulsión de un extranjero de un país donde viven sus familiares cercanos puede constituir una violación del derecho al respeto de la vida familiar, derecho garantizado por el art. 8.1 del CEDH⁸¹⁴. Sin embargo, el art. 8.2 del CEDH, permite la injerencia en el derecho a la vida privada y familiar en determinadas circunstancias, a diferencia de lo que sucede con otros derechos de naturaleza inderogable, como el derecho a la vida (Capítulo II), o la prohibición de la tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes (Capítulo III).

La concreción del “justo equilibrio” entre, por una parte, los derechos del extranjero con respecto a su derecho a la vida privada y familiar y, por otra, los intereses estatales, es la clave bóveda que permite determinar si la expulsión de un extranjero está permitida por el art. 8 del CEDH. Como ya se ha señalado, la jurisprudencia del TEDH en torno a la noción de “justo equilibrio” en estos casos ha sido fuente de inspiración para la CDI a la hora de elaborar su propuesta de art. 18. El principio de proporcionalidad que debe

⁸¹³ El PIDCP no contiene ninguna disposición que impida a los EP ordenar la salida de los sujetos que no tienen un permiso de estancia en aras a la protección de la vida familiar, siempre que la decisión sea adoptada de conformidad con la ley. Pero la discrecionalidad no es ilimitada, ya que se debe impedir la arbitrariedad. Para evitar que la injerencia en la vida familiar sea arbitraria, los EP deben demostrar la existencia de factores que justifiquen la expulsión “más allá de la simple aplicación de las leyes de inmigración”. Esto es, es necesario establecer si, en las circunstancias concretas del caso, la expulsión y sus efectos son proporcionales en relación a los objetivos que se pretenden conseguir con la expulsión: CDH, comunicación n. 558/1993, *Canepa c. el Canadá*, CCPR/C/59/D/558/1993, 20 de junio de 1997, párr. 11.4; CDH comunicación n. 538/1993, *Stewart c. el Canadá*, CCPR/C/58/D/538/1993, 16 de diciembre de 1996, párr. 12.10.

⁸¹⁴ Véase, entre otros, STEDH de 8 de noviembre de 2016, *Ustinova c. Rusia*, demanda n. 7994/14, párr. 42; STEDH de 25 de octubre de 2016, *Dzhurayev y Shalkova c. Rusia*, demanda n. 1056/15, párr. 32; STEDH de 12 de junio de 2012, *Bajsultanov c. Austria*, demanda n. 54131/10, párr. 78; STEDH de 8 de abril de 2008, *Nyanzi c. Reino Unido*, demanda n. 21878/06, párr. 72; STEDH de 11 de julio de 2002, *Amrollahi c. Dinamarca*, demanda n. 56811/00, párr. 26; STEDH de 2 de agosto de 2001, *Boultif c. Suiza*, demanda n. 54273/00, párr. 39; STEDH de 18 de febrero de 1991, *Moustaquim c. Bélgica*, demanda n. 12313/86, párr. 36.

imperar a la hora de concretar este “justo equilibrio” ha dado lugar a un abundante y nutrido corpus jurisprudencial desarrollado por el TEDH, que será objeto de análisis a lo largo del presente Capítulo.

En el ámbito de la UE, el respeto a la vida privada y familiar es un derecho fundamental reconocido por el art. 7 de la CDFUE. Tanto la aplicación de la Directiva de reagrupación familiar⁸¹⁵, como de la Directiva de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias⁸¹⁶ –lo que incluye a nacionales de terceros Estados–, han suscitado el planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el TJUE por parte de los órganos judiciales de algunos EM, acerca del derecho de entrada y residencia de extranjeros, con el fin de permitir el derecho de reagrupación familiar del ciudadano de la UE y el ejercicio de determinados derechos vinculados al estatuto de ciudadanía. Como se comprobará más adelante, la denegación de la entrada y residencia de un extranjero puede suponer, del mismo modo, una injerencia en la vida privada y familiar del reagrupante extranjero, del ciudadano de la UE y de sus familiares extranjeros. Por ello, en el presente Capítulo se exponen los aspectos fundamentales de la jurisprudencia del TJUE en relación con el respeto del derecho a la vida familiar de los extranjeros, como consecuencia de la denegación de su estancia y residencia en un EM de la UE. Como siempre, con la finalidad de poder valorar hasta qué punto se desarrolla un dialogo judicial en este ámbito entre el TEDH y el TJUE.

En este sentido, en este Capítulo se estudia, en primer lugar, el alcance del derecho a la vida privada y familiar del extranjero como límite a la expulsión (epígrafe 2). En concreto, por una parte, el derecho a la vida privada y familiar en el CEDH (2.1.) y, por otra parte, se analiza como el DUE protege el derecho a la vida familiar del extranjero a través del derecho a la reagrupación familiar y el disfrute de los derechos inherentes al estatuto de ciudadanía europea (2.2.). A continuación, se aborda la acreditación de la interferencia en la vida privada y familiar del extranjero como consecuencia de su expulsión (3). En el epígrafe que sigue se estudia la conformidad con la ley de la injerencia en la vida privada y familiar causada por la expulsión (4). Para ello se debe atender a la base legal de la interferencia y las exigencias derivadas de su previsión

⁸¹⁵ Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar (*DOUE* L 251/12, de 3 de octubre de 2003).

⁸¹⁶ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) n. 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (*DOUE* L 158/77, de 30 de abril de 2004).

normativa (4.1.), así como a las garantías procesales como salvaguardia del derecho a la vida privada y familiar (4.2.). Posteriormente se da cuenta de los objetivos legítimos previstos para la injerencia en la vida privada y familiar (5).

Seguidamente se procede al estudio de la jurisprudencia dictada por el TEDH, gracias a la cual se establecen criterios que permiten determinar la necesidad de la expulsión en una sociedad democrática en detrimento de la vida privada y familiar del extranjero (6). Estos criterios son: la naturaleza y la gravedad del delito cometido (6.1.); la duración de la estancia del extranjero en el Estado parte expulsor (6.2.); el tiempo transcurrido desde que se comete el delito y la conducta posterior del extranjero (6.3.); las nacionalidades de las diversas personas afectadas por la expulsión (6.4.); la situación familiar del extranjero objeto de expulsión, la duración del matrimonio y otros factores que evidencian la efectiva y genuina vida familiar (6.5.); el conocimiento del cónyuge acerca del delito cometido por el extranjero objeto de expulsión en el momento en el que se comienza a desarrollar una relación familiar (6.6.); el interés superior del menor (6.7.), para lo que se hace necesario evaluar las circunstancias de los hijos del extranjero objeto de expulsión (6.7.1.), así como el interés superior del menor aplicable al extranjero objeto de expulsión menor de edad (6.7.2.); la gravedad de las dificultades que el cónyuge puede encontrar en el Estado de destino (6.8.); la solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares con el Estado de acogida y con el país de destino (6.9.); y la duración de la prohibición de entrada como parámetro evaluador de la proporcionalidad de la expulsión (6.10).

Para finalizar se ofrece, a modo de recapitulación, una síntesis y valoración de la jurisprudencia estudiada en el presente Capítulo (7).

2. EL ALCANCE DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR DEL EXTRANJERO COMO LÍMITE A SU EXPULSIÓN

2.1. El derecho a la vida privada y familiar en el CEDH: un derecho que admite injerencia

Como se acaba de citar, el art. 8 del CEDH no regula un derecho absoluto por parte del Estado de respetar el derecho a la vida privada y familiar. Por ello, el TEDH no reconoce con carácter general el derecho de un extranjero a establecer su vida familiar en un Estado concreto⁸¹⁷. Por consiguiente, el art. 8 no implica una obligación general para

⁸¹⁷ STEDH de 15 de mayo de 2012, *Nacic y otros c. Suecia*, demanda n. 16567/10, pág. 73; STEDH de 2 de agosto de 2001, *Boultif c. Suiza*, demanda n. 54273/00, pág. 39. Algún sector de la doctrina sostiene que

el EP de respetar la elección de los extranjeros de su país de residencia, dando así acomodo a sus intereses privados y/o familiares⁸¹⁸. Como se comprobará en las siguientes páginas, en la mayor parte de los casos analizados en relación al derecho a la vida privada y familiar de los extranjeros a los que se aplica un procedimiento de expulsión, el motivo más frecuente por el que el Estado decide su expulsión es la comisión de delitos penales⁸¹⁹.

Con carácter general, únicamente el extranjero que vive durante un determinado periodo de tiempo en un EP, puede desarrollar lazos privados y/o familiares relacionados con la vida social de ese Estado. De modo que el arquetipo de vida privada y familiar como límite a la expulsión no se identifica con el supuesto de un extranjero recién llegado al territorio de un EP y cuyo motivo de expulsión se debe a la entrada ilegal. No es frecuente que, en estos casos, pueda darse una violación del art. 8 del CEDH, debido a la dificultad de establecer lazos privados y/o familiares, cuya prevalencia sobre los intereses estatales merezcan la consideración de “justo equilibrio”.

En los supuestos en los que la expulsión de un extranjero puede suponer una injerencia su vida privada y familiar, es el EP quien debe valorar la idoneidad de la decisión de expulsión, de acuerdo con las circunstancias personales de las personas involucradas, lo que abarca tanto la situación del extranjero afectado como la de los miembros de su familia, además de valorar el interés general del EP. En concreto, en palabras del TEDH:

“the extent of a State’s obligations to admit to its territory relatives of persons residing there will vary according to the particular circumstances of the persons involved and the general interest”⁸²⁰.

existe: “una clara contradicción entre la afirmación del derecho al reagrupamiento familiar, por un lado, y la denegación del derecho a elegir libremente el país de residencia, por otro”; SANZ CABALLERO, S., *La familia en perspectiva internacional y europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 139.

⁸¹⁸ No obstante, el TEDH considera que, si la legislación interna confiere un derecho determinado de reagrupación a una categoría de extranjeros, esta previsión debe ser compatible con la prohibición de discriminación contemplada en el art. 14 del CEDH; STEDH de 6 de noviembre de 2012, *Hode y Abdi c. Reino Unido*, demanda n. 22341/09, pár. 43.

⁸¹⁹ El TEDH reconoce que los EP tienen la potestad de expulsar a extranjeros por la comisión de delitos penales; STEDH de 13 de diciembre de 2012, *De Souza Ribeiro c. Francia*, demanda n. 22689/07, pár. 77; STEDH de 21 de octubre de 1997, *Boujlifa c. Francia*, demanda n. 122/1996/741/940, pár. 42.

⁸²⁰ STEDH de 24 de julio de 2014, *Kaplan y otros c. Noruega*, demanda n. 32504/11, pár. 70; STEDH de 31 de enero de 2006, *Rodrigues da Silva y Hoogkamer c. Países Bajos*, demanda n. 50435/99, pár. 39; STEDH de 19 de febrero de 1996, *Gül c. Suiza*, demanda n. 23218/94, pár. 38.

Aunque el objetivo del art. 8 del CEDH es, en esencia, proteger la vida privada y familiar del extranjero contra la injerencia arbitraria de las autoridades públicas, este mandato no solo obliga al EP a abstenerse de llevar a cabo una interferencia de forma arbitraria a través, por ejemplo, de la expulsión. El derecho a la vida privada y familiar puede exigir, en función del caso concreto, obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de este derecho, como puede ser la obligación de autorizar a una persona a entrar y residir en el territorio del EP⁸²¹. Esta obligación se encuentra íntimamente relacionada con el derecho a la reagrupación familiar.

El contenido de las obligaciones concretas que se derivan del respeto del derecho contenido en el art. 8 del CEDH no se presta a una definición exacta. Como afirma el TEDH: “will vary according to the particular circumstances of the persons involved and the general interest”⁸²². Por ejemplo, en *Paposhvili* (Capítulo III.7.2), un extranjero padece una enfermedad grave y existen dudas acerca de la disponibilidad de un tratamiento médico adecuado en el Estado de destino. La evaluación del impacto de la expulsión en la vida familiar del demandante, a la luz de su estado de salud, es una tarea que, además de recaer en las autoridades nacionales competentes, constituye una obligación procesal que garantiza el respeto de la vida privada y familiar del sujeto. Las autoridades deben evaluar si, al calor de las circunstancias que se dan en el momento de la expulsión, puede esperarse, desde un planteamiento razonable, que la familia siga al demandante al Estado de destino. O por el contrario, el respeto del derecho a la vida familiar del demandante puede requerir que le sea concedida una autorización de permanencia en el EP de acogida durante el tiempo que le queda de vida⁸²³. Con carácter general, aunque el estado de salud del extranjero objeto de expulsión, *per se*, no suele ser motivo suficiente para obligar al EP a renovar un permiso de residencia, o a no ejecutar una expulsión, se debe tener en cuenta el estado de salud del demandante a la hora de ponderar los derechos e intereses contrapuestos de las partes: el extranjero y el Estado expulsor⁸²⁴.

⁸²¹ Hasta la sentencia dictada por el TEDH en *Sen c. Países Bajos*, el tribunal de Estrasburgo no consideraba que se pudiera producir una violación del art. 8 del CEDH cuando un EP denegaba la reagrupación familiar. No obstante, es en *Sen c. Países Bajos* cuando el TEDH mantiene que del art. 8 del CEDH también se pueden generar obligaciones positivas inherentes al respeto de la vida familiar; PÉREZ GONZÁLEZ, C., *Migraciones irregulares y Derecho Internacional. Gestión de los flujos migratorios, devolución de extranjeros en situación administrativa irregular y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 128 y 129.

⁸²² STEDH de 13 de diciembre de 2016, *Paposhvili c. Bélgica*, demanda n. 41738/10, párr. 221.

⁸²³ STEDH de 13 de diciembre de 2016, *Paposhvili c. Bélgica*, demanda n. 41738/10, párrs. 224 y 225.

⁸²⁴ STEDH de 1 de junio de 2013, *Hasanbasic c. Suiza*, demanda n. 52166/09, párr. 64.

Aunque el respeto a la vida privada y familiar del extranjero es un derecho que admite injerencia, los motivos por los que los EP pueden interferir en este derecho a favor de sus intereses estatales están sujetos a determinadas condiciones. Según el art. 8.2, si existe una intromisión en el derecho a la vida privada y familiar como consecuencia de la expulsión (epígrafe 3), se debe comprobar si la interferencia se encuentra prevista por la ley (epígrafe 4), si está justificada por uno o más fines legítimos de los concretados en el art. 8.2 (epígrafe 5), y si es necesaria en una sociedad democrática (epígrafe 6)⁸²⁵.

2.2. El DUE protege el derecho a la vida familiar del extranjero a través del derecho a la reagrupación familiar y el disfrute de los derechos inherentes al estatuto de ciudadanía europea

En el marco de la UE, el art. 7 de la CDFUE recoge el derecho al respeto de la vida privada y familiar. Debido a que este precepto contiene derechos equiparables a los garantizados por el art. 8.1 del CEDH, debe darse al art. 7 de la CDFUE el mismo sentido y alcance que los conferidos al art. 8.1, tal y como los interpreta el TEDH⁸²⁶. Además, en estrecha relación con la unidad familiar, el art. 24.3 de la CDFUE protege el derecho del niño a mantener una relación personal y el contacto directo con sus padres, siempre y cuando el interés superior del menor no lo impida⁸²⁷.

Al igual que el tribunal de Estrasburgo, el TJUE también reconoce que una expulsión puede constituir una injerencia en la vida privada y familiar. Para desarrollar su jurisprudencia se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los EM y además

⁸²⁵ El criterio de la proporcionalidad se encuentra recogido en las veinte directrices sobre el retorno forzoso del COE, al señalar que: “The removal order shall only be issued after the authorities of the host state, having considered all relevant information readily available to them, are satisfied that the possible interference with the returnee's right to respect for family and/or private life is, in particular, proportionate and in pursuance of a legitimate aim”; Committee of Ministers, “Twenty Guidelines on Forced Returns”, CM(2005)40 final. Strasbourg, 9 may 2005, directriz n. 2.

⁸²⁶ Así lo establece el art. 52.3 de la CDFUE. En la jurisprudencia del TJUE véase, STJUE de 15 de noviembre de 2011, *Dereci y otros*, asunto C-256/11, apdo. 70; *Mutatis mutandis*, STJUE de 5 de octubre de 2010, *McB*, asunto C-400/10 PPU, apdo. 53. En aproximadamente un tercio de los EM la legislación prevé, de manera expresa, la posibilidad de permitir a los nacionales de terceros Estados en situación administrativa irregular que permanezcan en el EM en cuestión, cuando de su expulsión pueda derivarse una interferencia injustificada en su derecho a la vida privada y familiar. No obstante, las prácticas nacionales difieren de un EM. Por ejemplo, en Dinamarca, Hungría y Suecia, el derecho a la vida privada y familiar es uno de los motivos que justifican la emisión de un permiso de residencia temporal. Sin embargo, en Alemania o Eslovaquia, normalmente dicha situación conlleva un estado de mera tolerancia por parte del Estado a la permanencia del extranjero; FRA, “Fundamental rights of migrants in an irregular situation in the European Union”, Publications office of the European Union. Luxembourg, 2011, p. 30.

⁸²⁷ A este respecto véase la Comunicación de la Comisión al PE, el Consejo, el CESE y el Comité de las Regiones, “Una Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño”, COM(2011) 60 final. Bruselas, 15 de febrero de 2011. En ella, la Comisión plasma su compromiso de promover, proteger y respetar los derechos del niño de acuerdo al interés superior del niño consagrado en la CDFUE y en la CDN.

tiene en cuenta los diversos instrumentos internacionales de protección de los DDHH a los cuáles los EM se han adherido⁸²⁸. Más en particular, el tribunal de Luxemburgo se basa en la jurisprudencia del TEDH para reconocer que el derecho fundamental a la vida privada y familiar forma parte de los principios generales del DUE⁸²⁹ y como tal es un derecho protegido por dicho ordenamiento⁸³⁰.

En este contexto normativo, el papel del TJUE se circunscribe a determinar si las limitaciones a la reagrupación familiar, esto es, la denegación de la entrada y residencia de nacionales de terceros países, familiares de un ciudadano europeo, impiden a estos últimos ejercer sus derechos de reagrupación familiar, y los derechos inherentes a su estatuto de ciudadanos de la Unión, en especial, el derecho a la libre circulación y residencia (epígrafe 6.4.)⁸³¹. Por consiguiente, el DUE no concede una protección directa a la vida privada y familiar de los extranjeros respecto a la expulsión, sino que protege el derecho de reagrupación familiar y el derecho de libre circulación y residencia derivado del estatuto de ciudadano de la UE de su familiar nacional de un EM (epígrafe 6.4.)⁸³². En este sentido, una injerencia en la vida privada y familiar puede producirse ya no solo

⁸²⁸ Conclusiones de la AG Christine Stix-Hackl, presentadas el 11 de septiembre de 2003, *Orfanopoulos y Oliveri*, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01, pár. 53.

⁸²⁹ Como ha sido señalado: “en la práctica la incorporación del contenido del CEDH al ordenamiento jurídico comunitario por la vía de los principios generales ha llevado a una aplicación de las disposiciones del CEDH equivalente de hecho a su consideración formal como parte integrante del derecho comunitario, aplicación en la que resulta clara además la voluntad del Tribunal de Justicia de respetar la jurisprudencia del TEDH”, RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y DEL VALLE GÁLVEZ, A., “El derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales Nacionales”, *RDCE*, n. 2, 1997, 239-376, p. 369.

⁸³⁰ STJCE de 11 de julio de 2002, *Carpenter*, asunto C-60/00, apdo. 41. *Mutatis mutandis*, STJCE de 29 de abril de 2004, *Orfanopoulos y Oliveri*, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01, apdo. 98. Sobre las repercusiones del derecho a la vida familiar, como derecho fundamental de la UE, en los extranjeros, véase, CARRERA, S., *In Search of the Perfect Citizen?*, Marinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, pp. 375 a 388.

⁸³¹ Aunque la posibilidad de que un extranjero pueda obtener un derecho de entrada y residencia en un EM sea a consecuencia de su vínculo familiar con un ciudadano de la Unión, la decisión final acerca de la concesión de dicho derecho se basa en la situación individual del sujeto. En palabras del TJUE: “las decisiones o las medidas adoptadas por las autoridades nacionales competentes con respecto a un eventual derecho de entrada o de residencia, en virtud de la Directiva 2004/38/CE, están destinadas a constatar la situación individual de un nacional de un Estado miembro o de los miembros de su familia en relación con dicha Directiva”; STJUE de 18 de diciembre de 2014, *McCarthy y otros*, asunto C-202/13, apdo. 49.

⁸³² Para un análisis de la jurisprudencia del TJUE sobre el derecho de libre circulación y residencia puede verse, CRESPO NAVARRO, E., “La jurisprudencia del TJCE en materia de ciudadanía de la Unión: una interpretación generosa basada en la remisión al Derecho nacional y el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad”, *RDCE*, n. 28, 2007, 883-912. Precisamente dado que el legislador europeo concede importancia a la protección de la vida familiar de los nacionales de los EM ha tratado de eliminar obstáculos al ejercicio de este derecho fundamental, como puede deducirse de las disposiciones de los Reglamentos y directivas del Consejo relativas a la libre circulación de trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia dentro de la UE; STJCE de 31 de enero de 2006, *Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de España*, asunto C-503/03, apdo. 41; STJCE de 25 de julio de 2002, *MRAX*, asunto C-459/99, apdo. 78. Véanse ejemplos de directivas y Reglamentos adoptados en este sentido en la STJCE de 11 de julio de 2002, *Carpenter*, asunto C-60/00, apdo. 38.

por una orden de expulsión ya ejecutada, sino también cuando dicha orden todavía no se ha ejecutado⁸³³.

De conformidad con la obligación de proteger y respetar el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8 del CEDH, se adoptó la Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar⁸³⁴. Esta norma permite la reagrupación familiar en favor de los nacionales de terceros Estados residentes en el territorio de un EM. A tal efecto, establece una serie de criterios comunes y condiciones materiales que permiten el ejercicio armonizado a nivel europeo del derecho de reagrupación familiar. El TJUE admite que los EM disponen de cierto margen de apreciación al examinar las solicitudes de reagrupación familiar, así como a la hora de aplicar los criterios recogidos por la Directiva. Empero, este margen de apreciación nacional debe respetar el derecho a la vida privada y familiar recogido en el art. 8 del CEDH y en el art. 7 de la CDFUE, además de no menospreciar el efecto útil de la Directiva, consistente en favorecer la reagrupación familiar⁸³⁵. Por ello, la Directiva sobre reagrupación familiar establece las condiciones de admisión y residencia aplicables cuando los miembros de la familia de un “reagrupante”⁸³⁶, solicitan reunirse con él. Además, para poder ejercer el derecho a la reagrupación familiar, el reagrupante debe cumplir ciertos requisitos tales como disponer de una vivienda; tener suscrito un seguro de enfermedad; la obtención de recursos fijos y

Universitat d'Alacant

⁸³³ STJCE de 11 de julio de 2002, *Carpenter*, asunto C-60/00, apdo. 41. Con posterioridad a este pronunciamiento, véase, STJCE de 25 de julio de 2008, *Metock y otros*, asunto C-127/08, apdo. 79; STJCE de 27 de junio de 2006, *Parlamento Europeo c. Consejo de la UE*, asunto C-540/03, apdo. 52; STJCE de 23 de septiembre de 2003, *Hacene Akrich*, asunto C-109/01, apdo. 59.

⁸³⁴ Sobre la finalidad de dicha norma de derecho derivado véanse los considerandos 2 y 6. Sobre esta norma, en la doctrina, véase FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., *Derecho comunitario de la inmigración*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 248 y ss. Con posterioridad a la adopción de la Directiva 2003/86/CE, la Comisión publicó el Libro Verde sobre el derecho a la reagrupación familiar, en el que se invita a autoridades nacionales, instituciones de la Unión, socios de terceros países, organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, mundo académico, entre otros, a responder una serie de preguntas sobre el modo de conseguir unas normas sobre reagrupación familiar más definidas y eficaces a nivel europeo; Comisión Europea, “Libro Verde sobre el derecho a la reunificación familiar de los nacionales de terceros países que residen en la Unión Europea (Directiva 2003/86/CE)”, COM(2011) 735 final. Bruselas, 15, de noviembre de 2011, pp. 9 y 10.

⁸³⁵ STJUE de 4 de marzo de 2010, *Chakroun*, asunto C-578/08, apdo. 43.

⁸³⁶ Por “reagrupante” se entiende un nacional de un tercer país, residente de manera legal en un EM en virtud de un permiso de residencia con un periodo de validez igual o superior a un año y que tiene una perspectiva fundada de obtener un derecho a la residencia permanente; Art. 3.1 de la Directiva 2003/86/CE. En este sentido la Comisión sostiene que, debido a las variaciones existentes entre los permisos de residencia entre los EM, son estos quienes determinan los tipos de permisos que consideran suficientes con vistas a evidenciar la existencia de perspectivas fundadas; Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, “Directrices de aplicación de la Directiva 2003/86/CE, sobre el derecho a la reagrupación familiar”, COM(2014) 210 final. Bruselas, 3 de abril de 2014, punto 2.1, p. 4.

regulares suficientes; y cumplir con las normas de integración establecidas por la legislación del EM en cuestión⁸³⁷.

Por su parte, la ya citada Directiva 2004/38/CE se encarga de regular, entre otros aspectos, las condiciones de ejercicio del derecho de libre circulación y residencia en el territorio de los EM de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia⁸³⁸. Esta Directiva y, especialmente la jurisprudencia emanada de ella, resulta de interés para el presente estudio debido a que, como ya se ha puesto de manifiesto, la denegación de la entrada y residencia de un nacional de un tercer Estado, familiar de un ciudadano de la UE, puede generar una injerencia en la vida privada y familiar de este último.

3. LA ACREDITACIÓN DE LA INTERFERENCIA EN LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR DEL EXTRANJERO COMO CONSECUENCIA DE SU EXPULSIÓN

Para determinar si la expulsión de un extranjero es proporcionada, teniendo en consideración los intereses estatales en contraposición con los derechos enmarcados en el art. 8 del CEDH, en primer lugar, es necesario verificar la existencia de un criterio *rationae materiae*; esto es, la existencia, así como el grado, de ruptura efectiva de la vida privada y/o familiar a consecuencia de la expulsión. El TEDH considera que por “vida familiar” debe entenderse únicamente a la “familia central”. Este núcleo familiar con carácter general queda conformado por los cónyuges y sus hijos⁸³⁹. Por lo que respecta a las uniones homosexuales, el TEDH sostiene que resulta forzada una interpretación que considere que una pareja del mismo sexo, que cohabita y que disfruta de una unión estable *de facto*, no sea enmarcada en la noción de “vida familiar”⁸⁴⁰.

⁸³⁷ Art. 7 de la Directiva 2003/86/CE.

⁸³⁸ Art. 1, letra a) de la Directiva 2004/38/CE.

⁸³⁹ STEDH de 2 de abril de 2015, *Sarközi y Mahran c. Austria*, demanda n. 27945/10, párr. 61; STEDH de 18 de noviembre de 2014, *Senchishak c. Finlandia*, demanda n. 5049/12, párr. 54; STEDH de 15 de mayo de 2012, *Nacic y otros c. Suecia*, demanda n. 16567/10, párr. 73; STEDH de 9 de octubre de 2003, *Slivenko c. Letonia*, demanda n. 48321/99, párr. 94.

⁸⁴⁰ STEDH de 30 de junio de 2016, *Taddeucci y McCall c. Italia*, demanda n. 51362/09, párr. 58. Véase a este respecto, STEDH de 24 de junio de 2010, *Schalk y Kopf c. Austria*, demanda n. 30141/04, apdo. 94. El Tribunal ha establecido una jurisprudencia bien consolidada orientada a calificar como “discriminatoria” toda política o medida general con efectos desproporcionalmente perjudiciales para un grupo particular; aun cuando con la medida no exista intención de discriminar. Una medida o política de estas características solo puede ser admisible de conformidad con el CEDH cuando exista una justificación objetiva y razonable; STEDH de 24 de mayo de 2016, *Biao c. Dinamarca*, demanda n. 38590/10; párr. 91; STEDH de 1 de julio de 2014, *S.A.S. c. Francia*, demanda n. 43835/11, párr. 161. No obstante, la protección de la familia tradicional, en determinadas circunstancias, puede configurarse como un objetivo legítimo, con arreglo al art. 14 del CEDH; STEDH de 30 de junio de 2016, *Taddeucci y McCall c. Italia*, demanda n. 51362/09, párr. 93.

No todos los extranjeros que se encuentran en un EP, con independencia del tiempo durante el que han residido en el mismo, necesariamente disfrutan de “vida privada y familiar”, en el sentido del art. 8 del CEDH. La existencia o no de vida privada y familiar es esencialmente una cuestión de hecho que depende de la cercanía real de los lazos personales, sin importar el tiempo de duración de los mismos⁸⁴¹. El TEDH extiende el alcance del art. 8 al derecho a establecer relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior –lazos que no entrañan vida familiar en sentido estricto–, además de incluir aspectos de la identidad social del extranjero. Por tanto, debe aceptarse que la totalidad de los lazos sociales entre los migrantes establecidos y la comunidad en la que viven forman parte del concepto de vida privada, en el sentido del art. 8 del CEDH⁸⁴². Por esta razón, con independencia de la existencia o no de vida familiar, la expulsión de un extranjero establecido en un EP puede constituir una injerencia en su derecho a la vida privada. Según las circunstancias del caso concreto, el TEDH se centra en la vida familiar en lugar de la vida privada del extranjero para evaluar la proporcionalidad de la medida de expulsión. Si bien, cabe adelantar que la mayor parte de la jurisprudencia responde al respeto a la vida familiar de los extranjeros objeto de expulsión⁸⁴³.

No todos los extranjeros establecidos en un EP tienen vínculos familiares o sociales igual de estrechos. La fuerza o debilidad de esos vínculos es evaluada de forma más

⁸⁴¹ STEDH de 8 de julio de 2014, *M.P.E.V. y otros c. Suiza*, demanda n. 3910/13, párr. 31; STEDH de 20 de junio de 2002, *Al-Nashif c. Bulgaria*, demanda n. 50963/99, párr. 112.

⁸⁴² Entre otras, véase; STEDH de 3 de julio de 2012, *Samsonnikov c. Estonia*, demanda n. 52178/10, párr. 81; STEDH de 27 de septiembre de 2011, *Alim c. Rusia*, demanda n. 39417/07, párr. 68; STEDH de 14 de junio de 2011, *Osman c. Dinamarca*, demanda n. 38058/09, párr. 55; STEDH de 12 de enero de 2010, *A.W. Khan c. Reino Unido*, demanda n. 47486/06, párr. 31; STEDH de 24 de noviembre de 2009, *Omojudi c. Reino Unido*, demanda n. 1820/08, párr. 37; STEDH de 8 de enero de 2009, *Joseph Grant c. Reino Unido*, demanda n. 10606/07, párr. 32; STEDH de 23 de junio de 2008, *Maslov c. Austria*, demanda n. 1638/03, párr. 63; STEDH de 18 de octubre de 2006, *Üner c. Países Bajos*, demanda n. 46410/99, párr. 59; STEDH de 7 de febrero de 2002, *Mikulić c. Croacia*, demanda n. 53176/99, párr. 53. En este último pronunciamiento, se afirma que el respeto por la “vida privada” también debe comprender, hasta cierto punto, el derecho a establecer relaciones con otros seres humanos. Además, “not every act or measure which adversely affects moral or physical integrity will interfere with the right to respect to private life guaranteed by Article 8”; STEDH de 6 de febrero de 2001, *Bensaid c. Reino Unido*, demanda n. 44599/98, párr. 46. Sin embargo, la jurisprudencia del TEDH no excluye que un trato que no alcance el umbral exigido por el art. 3 pueda, además, vulnerar el art. 8 del CEDH cuando existan efectos suficientemente adversos sobre la integridad física y moral del individuo en cuestión; STEDH de 8 de abril de 2008, *Nnyanzi c. Reino Unido*, demanda n. 21878/06, párrs. 73 y 74. En este sentido, los aspectos relativos a la integridad física y moral se extienden a situaciones de privación de libertad; STEDH de 24 de julio de 2014, *Husayn (Abu Zubaydah) c. Polonia*, demanda n. 7511/13, párr. 532.

⁸⁴³ BOZA MARTÍNEZ señala que: “la propia jurisprudencia del TEDH lleva a que se presenten cada vez menos casos alegando la violación por una expulsión del derecho a la vida privada, puesto que los recurrentes prefieren hacer hincapié en aquellos aspectos que el Tribunal sí va a tener en cuenta, y estos son los aspectos relativos al derecho a la vida familiar”, BOZA MARTÍNEZ, D., “El derecho a la vida familiar como límite a las expulsiones de extranjeros condenados por sentencia firme. Breve análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en VV.AA., *Las fronteras de la ciudadanía en España y en la Unión Europea*, Documenta Universitaria, Girona, 2006, 211-222, p. 213.

idónea a la hora de examinar la proporcionalidad de la expulsión del demandante de conformidad con el art. 8.2 del CEDH⁸⁴⁴ (epígrafe 6). Los factores que deben examinarse para evaluar la proporcionalidad de la expulsión en detrimento del derecho salvaguardado por el art. 8 del CEDH son, esencialmente, los mismos tanto si es la vida privada o la vida familiar la que se encuentra afectada por la expulsión⁸⁴⁵. En cualquiera de los dos casos, la proporcionalidad se entiende como “una prescripción en virtud de la cual toda intervención pública ha de ser: idónea, necesaria y proporcionada”⁸⁴⁶.

La cuestión de si el extranjero objeto de expulsión tiene una vida privada y/o familiar, de conformidad con el art. 8 del CEDH, para el TEDH: “should be determined in the light of the position at the time when the impugned measure became final”⁸⁴⁷. Por tanto, las autoridades nacionales deben evaluar la vida privada y familiar del extranjero objeto de expulsión en el momento en el que la decisión por la que se ordena su expulsión se convierte en definitiva, según la propia normativa nacional de ese Estado⁸⁴⁸.

Por consiguiente, al TEDH le corresponde determinar si las autoridades nacionales cumplen o no con su obligación de respetar la vida privada y familiar del solicitante en el momento en el que la decisión de expulsión es definitiva, y no teniendo en cuenta circunstancias posteriores. En *Kaya c. Alemania*, el demandante no puede alegar su derecho a la vida familiar a los efectos de suspender su expulsión sobre la base de su relación con su esposa alemana, ya que el matrimonio con esta, así como el nacimiento de su hijo, se producen una vez el demandante es expulsado a Turquía⁸⁴⁹.

⁸⁴⁴ STEDH de 23 de abril de 2015, *Khan c. Alemania*, demanda n. 38030/12, párr. 37; STEDH de 3 de julio de 2012, *Samsónnikov c. Estonia*, demanda n. 52178/10, párr. 81; STEDH de 10 de abril de 2012, *Balogun c. Reino Unido*, demanda n. 60286/09, párr. 43; STEDH de 27 de abril de 2010 (decisión de admisibilidad), *Miah c. Reino Unido*, demanda n. 53080/07, párr. 17.

⁸⁴⁵ STEDH de 3 de julio de 2012, *Samsónnikov c. Estonia*, demanda n. 52178/10, párr. 82; STEDH de 20 de septiembre de 2011, *A.A. c. Reino Unido*, demanda n. 8000/08, párr. 49; STEDH de 18 de octubre de 2006, *Üner c. Países Bajos*, demanda n. 46410/99, párrs. 57 a 60.

⁸⁴⁶ ARRIAGA, IRABURU, I., *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Eunsa, Navarra, 2003, p. 159.

⁸⁴⁷ STEDH de 27 de septiembre de 2011, *Alim c. Rusia*, demanda n. 39417/07, párr. 74; STEDH de 23 de junio de 2008, *Maslov c. Austria*, demanda n. 1638/03, párr. 61.

⁸⁴⁸ STEDH de 6 de diciembre de 2007, *Chair y J.B. c. Alemania*, demanda n. 69735/01, párr. 60; STEDH de 18 de octubre de 2006, *Üner c. Países Bajos*, demanda n. 46410/99, párr. 64; STEDH de 17 de abril de 2003, *Yilmaz c. Alemania*, demanda n. 52853/99, párr. 37; STEDH de 31 de octubre de 2002, *Yildiz c. Austria*, demanda n. 37295/97, párr. 34.

⁸⁴⁹ STEDH de 28 de junio de 2007, *Kaya c. Alemania*, demanda n. 31753/02, párr. 57. Con anterioridad a la Sentencia *Mokrani c. Francia*, en 2003, las relaciones familiares que se tenían en cuenta eran aquellas que se formaban con anterioridad a la comunicación de la orden de expulsión; STEDH de 15 de julio de 2003, *Mokrani c. Francia*, demanda n. 52206/99. En este sentido véase; STEDH de 29 de enero de 1997, *Bouchelkia c. Francia*, demanda n. 23078/93 y STEDH de 10 de julio de 2003, *Benhebba c. Francia*, demanda n. 53441/99.

Por su parte, respecto a los hijos menores, los hijos nacidos de una pareja casada o de una pareja que cohabita son, *ipso jure*, parte de ese núcleo familiar, por lo que desde el momento del nacimiento existe una vida familiar, en sentido estricto, entre los hijos y sus padres⁸⁵⁰. Aunque la convivencia puede ser un requisito importante para que se concluya la existencia de vida familiar, otros factores pueden también servir para demostrar que una relación paternofilial está suficientemente consolidada como para crear vínculos familiares *de facto*. Tales factores incluyen: la naturaleza y duración de la relación de los padres y, en particular, si estos habían planeado tener descendencia; si el padre posteriormente reconoce al niño como suyo; sus contribuciones al cuidado y crianza del niño; así como la calidad y regularidad del contacto⁸⁵¹.

Al margen de las relaciones “centrales” –cónyuges e hijos menores–, el TEDH considera como “vida familiar”, en el sentido de art. 8 del CEDH, y de manera excepcional, las relaciones entre hijos adultos y sus progenitores. No obstante, para incluir una relación de este tipo dentro del concepto de vida familiar se hace necesario demostrar la existencia de elementos adicionales de dependencia, además de los vínculos emocionales normales entre padres e hijos adultos. El mismo criterio es utilizado para amparar bajo el derecho a la “vida familiar” las relaciones entre hermanos adultos⁸⁵². En *Nasri c. Francia*, a pesar de la gran cantidad de delitos cometidos por el demandante, algunos de ellos de gravedad, así como su mayoría de edad, se tiene muy en consideración, a los efectos de prohibir su expulsión, que se trate de una persona sordomuda, capaz únicamente de alcanzar un mínimo equilibrio psicológico y social

⁸⁵⁰ No obstante, en circunstancias excepcionales, eventos posteriores pueden dar lugar a romper ese vínculo, así como su concepción, a efectos del CEDH; STEDH de 20 de junio de 2002, *Al-Nashif c. Bulgaria*, demanda n. 50963/99, párr. 112.

⁸⁵¹ STEDH de 27 de septiembre de 2011, *Alim c. Rusia*, demanda n. 39417/07, párr. 70; STEDH de 11 de febrero de 2010, *Zakayev y Safanova c. Rusia*, demanda n. 11870/03, párr. 45; STEDH de 12 de enero de 2010, *A.W. Khan c. Reino Unido*, demanda n. 47486/06, párr. 34; STEDH de 17 de febrero de 2009, *Onur c. Reino Unido*, demanda n. 27319/07, párr. 44; STEDH de 8 de enero de 2009, *Joseph Grant c. Reino Unido*, demanda n. 10606/07, párr. 30. En este último caso, el demandante alega una relación de doce años con la madre de su hija. Aunque esta termina en el momento del nacimiento de la hija de ambos, ambos progenitores conservan una estrecha unión, por lo que la hija de ambos mantiene una relación con el demandante a lo largo de toda su vida –el demandante afirma que tiene contacto con su hija tres veces a la semana y que contribuye económicamente a su crianza–. De modo que, el TEDH acepta que el vínculo con su hija tiene la suficiente fuerza para considerarse como una vida familiar a los efectos del art. 8 del CEDH. En consecuencia, las medidas por el demandante interfieren en su vida familiar.

⁸⁵² STEDH de 30 de junio de 2015, *A.S. c. Suiza*, demanda n. 39350/13, párr. 49; STEDH de 26 de noviembre de 2013, *Vasquez c. Suiza*, demanda n. 1785/08, párr. 48; STEDH de 12 de enero de 2010, *A.W. Khan c. Reino Unido*, demanda n. 47486/06, párr. 32; STEDH de 17 de febrero de 2009, *Onur c. Reino Unido*, demanda n. 27319/07, párr. 45.

dentro de su núcleo familiar que, en este caso, se compone de sus padres y sus hermanos, quienes habían adquirido la nacionalidad francesa⁸⁵³.

A sensu contrario, los extranjeros que no pertenecen al núcleo central de la familia, y que no demuestran la referida relación de dependencia, no pueden invocar la existencia de vida familiar⁸⁵⁴. Ello no es óbice para que tales lazos puedan ser considerados dentro del derecho a la vida privada⁸⁵⁵. En *Slivenko c. Letonia*, se concluye que no se puede invocar la existencia de vida familiar, en relación con los padres ancianos de una de las demandantes ya que estos, al ser adultos, no pertenecen a la familia central. Además, las demandantes no pueden demostrar que se trata de miembros dependientes de ellos. A pesar de ello, este vínculo es tenido en cuenta al analizar la posible injerencia de la expulsión en la vida privada de los demandantes en el sentido del art. 8.1 del CEDH⁸⁵⁶.

Asimismo, existen casos en los que el tribunal de Estrasburgo acepta que, cuando un adulto no ha fundado su propia familia, la relación de este con sus padres y otros familiares cercanos puede ser considerada parte de su vida familiar⁸⁵⁷. También admite que se da una injerencia en la vida familiar de un extranjero objeto de expulsión cuando, precisamente a consecuencia de la expulsión, su cónyuge decide romper el vínculo matrimonial⁸⁵⁸.

Una vez constatada la injerencia en el derecho a la vida privada y familiar del extranjero, para que la decisión de expulsión no vulnere el art. 8 del CEDH, es necesario verificar que esta puede ser justificada en virtud del apdo. 2 de dicho artículo: esto es, que la intromisión sea “de conformidad con la ley” porque persigue uno o más de los objetivos legítimos enumerados en dicho precepto (epígrafe 5), además de ser “necesaria en una sociedad democrática” (epígrafe 6).

Por su parte, el TJUE, con carácter general, reconoce protección a la vida familiar en relación a los siguientes factores. En primer lugar, el derecho fundamental a la vida familiar puede proteger de manera indirecta a los extranjeros que son familiares cercanos de un ciudadano de la Unión; por ello, no es preceptivo que el ciudadano de la UE sea el

⁸⁵³ STEDH de 13 de julio de 1995, *Nasri c. Francia*, demanda n. 19465/92, pár. 46.

⁸⁵⁴ STEDH de 3 de julio de 2012, *Samsonnikov c. Estonia*, demanda n. 52178/10, pár. 81; STEDH de 20 de diciembre de 2011, *A.H. Khan c. Reino Unido*, demanda n. 6222/10, pár. 32; STEDH de 9 de octubre de 2003, *Slivenko c. Letonia*, demanda n. 48321/99, pár. 97; STEDH de 7 de noviembre de 2000, *Kwakyé-Nti y Dufie c. Países Bajos*, demanda n. 31519/96.

⁸⁵⁵ STEDH de 9 de octubre de 2003, *Slivenko c. Letonia*, demanda n. 48321/99, párs. 97 y 98.

⁸⁵⁶ STEDH de 9 de octubre de 2003, *Slivenko c. Letonia*, demanda n. 48321/99, pár. 97.

⁸⁵⁷ STEDH de 23 de junio de 2008, *Maslov c. Austria*, demanda n. 1638/03, pár. 62; STEDH de 29 de enero de 1997, *Bouchelkia c. Francia*, demanda n. 23078/93, pár. 41.

⁸⁵⁸ STEDH de 24 de junio de 2014, *Ukaj c. Suiza*, demanda n. 32493/08, pár. 30.

demandante en el litigio principal para conceder protección a la vida familiar⁸⁵⁹. En segundo lugar, el derecho a la vida familiar puede invocarse con independencia de que el miembro de la familia objeto de expulsión, y por el cual se promueve la acción legal, sea residente en situación administrativa ilegal. En tercer lugar, el TJUE toma en consideración si la expulsión del extranjero es promovida debido al peligro que constituye para el orden y la seguridad pública⁸⁶⁰. En cuarto lugar, si un EM alega un abuso de derecho, sólo es admisible si el EM puede presentar pruebas inequívocas que acrediten la mala fe del demandante⁸⁶¹.

En relación a los miembros que forman parte del núcleo familiar, de acuerdo con el art. 4.1 de la Directiva sobre reagrupación familiar, tienen la consideración de miembros de la familia, la denominada “familia nuclear”, es decir, el cónyuge y los hijos menores, entendiéndose por tales los que poseen la edad inferior a la mayoría legal del EM en el que residan⁸⁶². El mismo artículo, en su apdo. 2, permite que los EM puedan autorizar la entrada y residencia, por vía legislativa o reglamentaria, de los ascendientes en línea directa y en primer grado del reagrupante y su cónyuge cuando se encuentren a su cargo, además de los hijos mayores solteros del reagrupante y su cónyuge cuando existe un vínculo de dependencia de los primeros hacia los segundos debido a problemas de salud. Para el TJUE, el art. 4 de la citada impone a los EM: “obligaciones positivas precisas, que se corresponden con derechos subjetivos claramente definidos”, lo que limita la facultad discrecional del Estado⁸⁶³.

⁸⁵⁹ A este respecto véase la STJUE de 8 de marzo de 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09 y STJCE de 19 de octubre de 2004, *Zhu y Chen*, asunto C-200/02, sentencias en las cuales, quienes interpusieron la acción, fueron los progenitores de los menores ciudadanos de la UE.

⁸⁶⁰ En relación al factor segundo y tercero, STJCE de 11 de julio de 2002, *Carpenter*, asunto C-60/00, apdo. 44.

⁸⁶¹ STJCE de 25 de julio de 2008, *Metock y otros*, asunto C-127/08, apdo. 75; STJCE de 19 de octubre de 2004, *Zhu y Chen*, asunto C-200/02, apdos. 36 a 41; STJCE de 23 de septiembre de 2003, *Hacene Akrich*, asunto C-109/01, apdo. 57; STJCE de 11 de julio de 2002, *Carpenter*, asunto C-60/00, apdo. 44. En relación con la mala fe del demandante, el TJUE defiende que el provecho de una posibilidad conferida por la normativa no se considera un abuso de derecho; STJCE de 19 de octubre de 2004, *Zhu y Chen*, asunto C-200/02, apdo. 36; STJCE de 23 de septiembre de 2003, *Hacene Akrich*, asunto C-109/01, apdos. 55 a 57.

⁸⁶² Art. 4.1 de la Directiva 2003/86/CE. Además, los EM pueden incorporar, de manera discrecional, ciertas limitaciones acerca de la familiar nuclear, véanse los arts. 4.1 último pár., 4.4, 4.5, 4.6 y 16.1, letra b) de la citada Directiva. Acerca de los familiares que conforman la “familia nuclear” a los efectos de la Directiva 2003/86/CE, véase, ZÁBALO ESCUDERO, M.E., “La familia como medio de integración del extranjero en la sociedad receptora”, en CHUECA SANCHO, A.G., GUTIÉRREZ CASTILLO, V.L. y BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I. (Coords.), *Las migraciones internacionales en el Mediterráneo y Unión Europea*, Huygens, Barcelona, 2009, 265-281, pp. 273 a 279.

⁸⁶³ STJCE de 27 de junio de 2006, *Parlamento Europeo c. Consejo de la UE*, asunto C-540/03, apdo. 60. Véase un comentario a esta sentencia en, CORTÉS MARTÍN, J.M., “TJCE — Sentencia de 27.06.2006, Parlamento Europeo/Consejo, C-540/03 — Restricciones al reagrupamiento familiar de nacionales de terceros países versus respeto de los derechos fundamentales”, *RDCE*, n. 26, 2007, 219-237; PÉREZ MARTÍN, E., “El derecho al respeto de la vida familiar y la reagrupación familiar de los hijos menores de

Por su parte, la Directiva sobre libre circulación y residencia reconoce en su art. 2.2 como miembros de la familia de los ciudadanos de la UE, así como de los ciudadanos nacionales de otros Estados del EEE, al cónyuge o pareja registrada; a los hijos menores de 21 años o mayores de dicha edad a cargo del ciudadano y/o de su cónyuge o pareja⁸⁶⁴ y a los ascendientes directos a cargo de estos. Además, el art. 3.2, aunque no los considera propiamente como miembros de la familia, entiende que los EM deben facilitar también la entrada y residencia en su territorio de cualquier otro miembro de la familia “a cargo” del ciudadano de la UE o del miembro de su familia, así como de la pareja con la que el ciudadano de la UE mantiene una unión no registrada⁸⁶⁵. En relación a este último vínculo, el TJUE sostiene, en primer lugar, que la relación de dependencia entre el ciudadano de la Unión y su familiar extranjero debía existir en el Estado de procedencia del extranjero, además de subsistir en el momento de la solicitud de entrada y residencia. En segundo lugar, los EM poseen margen de apreciación para establecer requisitos específicos que caractericen la relación de dependencia, siempre y cuando no priven a la disposición de su efecto útil⁸⁶⁶. El derecho de entrada y residencia de estos extranjeros existe con independencia sobre cómo y cuándo entraron en el Estado de acogida⁸⁶⁷. Uno de los objetivos de la Directiva sobre libre circulación es mantener la unidad familiar en un sentido amplio. Por ello, extiende la definición de miembro de la familia de los ciudadanos de la Unión a aquellos con quienes albergan relaciones familiares estrechas y

extranjeros en la Unión Europea (STJCE de 26 de junio de 2006, C-540/03), *Revista General de Derecho Público Comparado*, n.1, 2007, 1-32.

⁸⁶⁴ Un descendiente directo mayor de 21 años de un ciudadano de la Unión o de su cónyuge, a los efectos de la citada disposición, pueden ser considerados “a cargo” de estos cuando exista una relación de dependencia real; esto es, la evidencia de una situación de hecho en la que se observa que el ciudadano de la Unión, que ha ejercido su derecho a la libre circulación o su cónyuge, proveen de apoyo material al miembro de su familia debido a que las circunstancias de este no cubren sus necesidades básicas; STJUE de 16 de enero de 2014, *Reyes*, asunto C-423/12, apdos. 21 y 22. Esta previsión se encuentra recogida en la normativa interna española en el art. 3.2 del RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados Parte en el Acuerdo sobre el EEE (*BOE* n. 51, de 28 de febrero de 2007).

⁸⁶⁵ Arts. 2.2 y 3.2 de la Directiva 2004/38/CE.

⁸⁶⁶ STJUE de 5 de septiembre de 2012, *Rahman y otros*, asunto C-83/11, parte dispositiva, apdos. 2 y 3.

⁸⁶⁷ En concreto, “si no se permitiera a los ciudadanos de la Unión llevar una vida familiar normal en el Estado miembro de acogida, se obstaculizaría seriamente el ejercicio de las libertades que el Tratado les garantiza”; STJCE de 25 de julio de 2008, *Metock y otros*, asunto C-127/08, apdo. 62. Por ello, el TJCE establece que una normativa nacional no puede supeditar la concesión del derecho de entrada y residencia al hecho de que los nacionales del tercer país hayan residido con anterioridad, de forma legal, en otro EM; STJUE de 18 de diciembre de 2014, *McCarthy y otros*, asunto C-202/13, apdo. 46; STJCE de 25 de julio de 2008, *Metock y otros*, asunto C-127/08, parte dispositiva, apdo. 1. En *MRAW*, el TJUE concluye la ilegalidad de la denegación de residencia a extranjeros casados con ciudadanos de la UE que hubieran entrado de forma ilegal en el EP; STJCE de 25 de julio de 2002, *MRAX*, asunto C-459/99, parte dispositiva, apdo. 3.

estables a consecuencia de una dependencia, ya sea por cuestiones financieras o por motivos graves de salud⁸⁶⁸.

En lo que respecta, en concreto, a la noción de “cónyuge”, recientemente el TJUE se ha pronunciado sobre si, a los efectos de la Directiva 2004/38/CE, la noción de “cónyuge” contempla el matrimonio formado por dos personas del mismo sexo. Desde el punto de vista formal, el concepto “cónyuge” es neutro desde una perspectiva de género, por lo que puede incluir al cónyuge del mismo sexo del ciudadano de la Unión de que se trate. De modo que la interpretación del TJUE sobre este concepto neutro es lo que determina la aplicación real del mismo. La cuestión prejudicial en la que se pronuncia sobre la validez de las uniones homosexuales a los efectos de la Directiva 2004/38/CE, es planteada por el TC de Rumanía, Estado que no reconoce el matrimonio homosexual. No obstante, pese a que cada país puede decidir aprobar o no leyes que permitan el matrimonio homosexual, el TJUE es meridianamente claro al considerar que un EM no puede invocar su derecho nacional únicamente para oponerse a la concesión del derecho de residencia de un extranjero por el matrimonio contraído por este con un ciudadano europeo del mismo sexo⁸⁶⁹. Como ya se ha expuesto en el epígrafe 2.2., los derechos garantizados en el art. 7 de la CDFUE –respeto a la vida privada y familiar– tienen el mismo sentido y alcance que los garantizados en el art. 8 del CEDH, y el TEDH mantiene que una pareja homosexual puede estar comprendida dentro del concepto de “vida privada” y “vida familiar” (epígrafe 2). Por tanto, todo EM debe reconocer el derecho al cónyuge que acompaña o se reúne con un ciudadano de la Unión, con independencia de si su ordenamiento jurídico reconoce o no el matrimonio del mismo sexo⁸⁷⁰.

4. LA CONFORMIDAD CON LA LEY DE LA INJERENCIA EN LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR CAUSADA POR LA EXPULSIÓN

4.1. La base legal de la interferencia y las exigencias derivadas de su previsión normativa

La expresión “de conformidad con la ley”, supone la exigencia de que la medida que interfiere en la vida privada y familiar esté prevista en el derecho interno. Asimismo, también se refiere a la calidad de la ley (“quality of law”), al exigir que la norma que

⁸⁶⁸ Véase el considerando sexto de la Directiva 2004/38/CE. En la jurisprudencia, STJUE de 5 de septiembre de 2012, *Rahman y otros*, asunto C-83/11, apdo. 32.

⁸⁶⁹ STJUE de 5 de junio de 2018, *Coman y otros*, asunto C-673/16, apdo. 36.

⁸⁷⁰ STJUE de 5 de junio de 2018, *Coman y otros*, asunto C-673/16, apdo. 51.

contempla la injerencia en el derecho a la vida privada y familiar sea accesible para la persona afectada, así como previsible en cuanto a sus efectos⁸⁷¹.

En primer lugar, en relación a la previsión normativa, en *Kurić y otros c. Eslovenia*, se considera que la falta de regularización de la residencia de personas que habían sido eliminadas del registro de residentes permanentes, después de la independencia de Eslovenia, es una violación del art. 8 del CEDH⁸⁷². Además, el TEDH puede comprobar que el TC esloveno sostiene que la ley de extranjería no es constitucional, debido a que no establece las condiciones para la adquisición de la residencia permanente de ciudadanos de la antigua República Socialista Federativa de Yugoslavia que tenían residencia permanente en Eslovenia y, de hecho, vivían en el territorio esloveno y no habían solicitado la ciudadanía eslovena o no habían recibido las solicitudes. Por consiguiente, no existe una regulación normativa que aborde la transición de la condición jurídica de esas personas hacia la situación de los extranjeros que viven en Eslovenia. Esta falta de previsión normativa es considerada por el TEDH como una violación del art. 8 del CEDH⁸⁷³.

En segundo lugar, respecto a la calidad de la ley, el hecho de que una autoridad ejecutiva nacional decida adoptar una orden de expulsión contra un extranjero sin escucharlo, puede ser un indicativo de que las disposiciones legales pertinentes no brindan un grado adecuado de protección al extranjero contra la injerencia arbitraria en su derecho a la vida privada y familiar. Por tanto, no satisfacen los requisitos de calidad que el CEDH exige a las normas internas de los EP⁸⁷⁴. Asimismo, la regulación legal debe estar formulada con una precisión suficiente como para permitir al extranjero prever, en un

⁸⁷¹ STEDH de 7 de marzo de 2017, *Kamenov c. Rusia*, demanda n. 17570/15, párr. 27; STEDH de 26 de junio de 2012, *Kurić y otros c. Eslovenia*, demanda n. 26828/06, párr. 363; STEDH de 15 de mayo de 2012, *Nacic y otros c. Suecia*, demanda n. 16567/10, párr. 77; STEDH de 9 de octubre de 2003, *Slivenko c. Letonia*, demanda n. 48321/99, párr. 100.

⁸⁷² STEDH de 26 de junio de 2012, *Kurić y otros c. Eslovenia*, demanda n. 26828/06, párr. 376. El TEDH también fundamenta su decisión a la luz de las normas pertinentes de DI destinadas a evitar la apatridia, especialmente en situaciones de sucesión de Estados. Concretamente se basa en el principal documento del COE relativo a la ciudadanía, el Convenio sobre nacionalidad de 6 de noviembre de 1997; y en el Convenio sobre la prevención de los casos de apatridia en relación con la sucesión de Estados, Estrasburgo, de 19 de mayo de 2006 (España no ha firmado ni ratificado ninguno de estos textos). Al margen del sistema regional del COE, el TEDH también se basa, en el marco de NU, en la Convención para reducir los casos de apatridia, adoptada en Nueva York, el 30 de agosto de 1961 (*BOE* n. 274, de 13 de noviembre de 2018). Así como en el Proyecto de artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados, aprobado como declaración por la AG, anexo de la Resolución de la AGNU 55/153, de 12 de diciembre de 2000.

⁸⁷³ STEDH de 26 de junio de 2012, *Kurić y otros c. Eslovenia*, demanda n. 26828/06, párr. 376.

⁸⁷⁴ STEDH de 8 de noviembre de 2016, *Ustinova c. Rusia*, demanda n. 7994/14, párr. 44; STEDH de 26 de junio de 2014, *Gablishvili c. Rusia*, demanda n. 39428/12, párr. 45.

grado que sea razonable de conformidad a las circunstancias, las consecuencias que una determinada acción puede implicar⁸⁷⁵.

Además, la previsión normativa exige que exista en el derecho interno una norma que proteja los derechos garantizados por el CEDH contra las interferencias arbitrarias que las autoridades públicas pudieran cometer. De lo contrario, la discrecionalidad legal puede permitir a las autoridades ejecutivas tomar decisiones que afecten a los derechos fundamentales de los extranjeros. Ello atenta contra los principios que sostienen al Estado de derecho, a causa de la falta de restricción del poder discrecional de las autoridades nacionales. La normativa estatal debe indicar el alcance y la forma de ejercicio, con suficiente claridad, de cualquier facultad discrecional de la que dispongan las autoridades nacionales competentes. Todo ello teniendo como horizonte la legitimidad de la medida en cuestión, en aras a ofrecer al extranjero una protección adecuada contra la interferencia arbitraria de su derecho a la vida privada y familiar⁸⁷⁶.

Ahora bien, el TEDH no obliga a que los EP prevean en sus disposiciones legales enumeraciones que detallen todas aquellas conductas que pueden justificar una decisión de expulsar a una persona por motivos de seguridad nacional. El de seguridad nacional es un concepto variable, dado que los Estados pueden tener diversas percepciones de lo que entienden por tal. Por esta razón las conductas que dan pie al riesgo pueden ser difícilmente definidas de manera anticipada. No obstante, es necesario que existan salvaguardias que garanticen que el margen de discrecionalidad estatal se ejerce conforme a la legalidad y sin caer en abuso de poder⁸⁷⁷.

Con carácter general, de conformidad con el criterio de la calidad de la ley, las salvaguardias derivadas del art. 8 dependen, hasta cierto punto, de la naturaleza y el alcance de la interferencia. Si bien, como afirma el TEDH:

⁸⁷⁵ STEDH de 17 de febrero de 2009, *Onur c. Reino Unido*, demanda n. 27319/07, párr. 48.

⁸⁷⁶ STEDH de 5 de marzo de 2015, *Kotiy c. Ucrania*, demanda n. 28718/09, párr. 67; STEDH de 11 de enero de 2007, *Musa y otros c. Bulgaria*, demanda n. 61259/00, párr. 62; STEDH de 20 de junio de 2002, *Al-Nashif c. Bulgaria*, demanda n. 50963/99, párr. 119.

⁸⁷⁷ STEDH de 2 de septiembre de 2010, *Kaushal y otros c. Bulgaria*, demanda n. 1537/08, párr. 29; STEDH de 7 de diciembre de 2007, *Liu c. Rusia*, demanda n. 42086/05, párr. 57; STEDH de 20 de junio de 2002, *Al-Nashif c. Bulgaria*, demanda n. 50963/99, párrs. 121 y 122. En concreto, en lo que respecta a la evaluación del grado de amenaza para la seguridad nacional que supone el extranjero en cuestión, a pesar del margen con el que cuentan los Estados para caracterizar el significado de “seguridad nacional”, los tribunales internos no pueden ampararse en dicho margen para limitarse a realizar un examen puramente formal de la decisión de expulsión. En otras palabras, deben examinar las pruebas aportadas por las autoridades competentes para confirmar o refutar las acusaciones que pesan sobre el extranjero en cuestión para, de este modo, apoyar el fallo que decide la expulsión sobre información debidamente corroborada. En este sentido, STEDH de 2 de septiembre de 2010, *Kaushal y otros c. Bulgaria*, demanda n. 1537/08, párr. 30.

“While actions taken in the interests of national security may, in view of the sensitivity of the subject-matter and the serious potential consequences for the safety of the community, attract considerably less in terms of guarantees than might otherwise be the case, an expulsion designed to forestall lesser evils such as run-of-the-mill criminal activities may have to be reviewed in proceedings providing a higher degree of protection of the individual”⁸⁷⁸.

Se admite que el requisito de la previsibilidad de la ley no puede ser el mismo en todos los ámbitos, máxime cuando la seguridad nacional está en juego. Pero los requisitos de “legalidad” y “Estado de derecho en una sociedad democrática”, requieren que las medidas tendentes a la expulsión que conlleven una afectación de los derechos fundamentales estén sujetas a algún tipo de procedimiento contradictorio. Dicho procedimiento debe desarrollarse ante un órgano independiente competente que examine la proporcionalidad de la medida. Esta exigencia permite al individuo defenderse de la acusación relativa al peligro que su presencia supone para la seguridad nacional del EP. Si bien, la evaluación del EP de lo que constituye una amenaza para la seguridad nacional tiene un peso significativo, este procedimiento permite verificar que la invocación del concepto de seguridad nacional por parte del Estado tiene una base razonable, y no deriva de una interpretación ilegal, arbitraria o incoherente⁸⁷⁹. En cualquier caso, debe darse la posibilidad al individuo de contrarrestar los argumentos del EP que defienden la ejecución de la medida de expulsión en pro de su seguridad nacional. Lo contrario puede derivar en una invasión arbitraria de los derechos protegidos por el CEDH⁸⁸⁰.

En *Al-Nashif*, al examinar el marco jurídico en el que se encuadra la expulsión de extranjeros en Bulgaria por razones de seguridad nacional, se considera que la normativa interna no alcanza los cánones de legalidad y previsibilidad exigidos. Esta conclusión se basa en elementos tales como la falta de fundamentos fácticos para la expulsión; la ausencia de cualquier forma de procedimiento contradictorio y la privación al extranjero

⁸⁷⁸ STEDH de 24 de abril de 2008, *C.G. y otros c. Bulgaria*, demanda n. 1365/07, pár. 45.

⁸⁷⁹ STEDH de 24 de mayo de 2011, *Abou Amer c. Rumania*, demanda n. 14521/03, pár. 58; STEDH de 24 de abril de 2008, *C.G. y otros c. Bulgaria*, demanda n. 1365/07, pár. 40; STEDH de 8 de junio de 2006, *Lupsa c. Rumania*, demanda n. 10337/04, párs. 33 y 34; STEDH de 20 de junio de 2002, *Al-Nashif c. Bulgaria*, demanda n. 50963/99, párs. 119 a 124.

⁸⁸⁰ STEDH de 7 de marzo de 2017, *Kamenov c. Rusia*, demanda n. 17570/15, pár. 35; STEDH de 25 de octubre de 2016, *Dzhurayev y Shalkova c. Rusia*, demanda n. 1056/15, pár. 37; STEDH de 5 de marzo de 2015, *Kotiy c. Ucrania*, demanda n. 28718/09, pár. 68; STEDH de 2 de septiembre de 2010, *Kaushal y otros c. Bulgaria*, demanda n. 1537/08, pár. 29; STEDH de 24 de abril de 2008, *C.G. y otros c. Bulgaria*, demanda n. 1365/07, párs. 39 y 40; STEDH de 7 de diciembre de 2007, *Liu c. Rusia*, demanda n. 42086/05, pár. 59; STEDH de 8 de junio de 2006, *Lupsa c. Rumania*, demanda n. 10337/04, pár. 38; STEDH de 20 de junio de 2002, *Al-Nashif c. Bulgaria*, demanda n. 50963/99, párs. 123 y 124.

de la posibilidad de apelar a una autoridad competente para examinar el caso⁸⁸¹. A pesar de que tras la Sentencia *Al-Nashif*, los tribunales búlgaros comienzan a tramitar impugnaciones legales a órdenes de expulsión basadas en motivos de seguridad nacional, la forma en que se llevan a cabo los procedimientos y se revisan las afirmaciones acerca de que las personas involucradas representan riesgos para la seguridad nacional, no proporciona garantías mínimas contra la arbitrariedad. Son varias las sentencias del TEDH en las que condena a Bulgaria por esta razón y, en consecuencia, se concluye la violación del art. 8 del CEDH.

En *C.G. y otros c. Bulgaria*, los tribunales internos habían permitido a las autoridades nacionales ampliar la noción de seguridad nacional más allá de su significado natural, sin demostrar ni la existencia de hechos específicos que sirvieran de base para sus evaluaciones, ni que el Sr. C.G. representase un riesgo para la seguridad nacional, apoyándose únicamente en afirmaciones no corroboradas⁸⁸².

En *Raza c. Bulgaria*, la clasificación confidencial de los procedimientos por los que el Sr. Raza impugna su expulsión, lo que supone una total falta de publicidad de la sentencia del tribunal interno búlgaro dictada en este caso, no puede considerarse justificada. Clasificar de material confidencial las actuaciones del proceso puede resultar inevitable cuando está en juego la seguridad nacional, e incluso, a veces, puede ser necesario clasificar algunos o todos los materiales utilizados en los procedimientos relacionados con temas de seguridad nacional y hasta partes de las decisiones dictadas en ellos. No obstante, la publicidad de las decisiones judiciales constituye una garantía básica contra la arbitrariedad⁸⁸³.

En este sentido, el TEDH advierte en *A. y otros v. Reino Unido* que otros países que habían soportado violencia terrorista habían decidido mantener bajo secreto de sumario únicamente las partes de las decisiones de sus tribunales cuya revelación comprometería la

⁸⁸¹ STEDH de 20 de junio de 2002, *Al-Nashif c. Bulgaria*, demanda n. 50963/99, párs. 125 a 129. En este sentido, STEDH de 14 de junio de 2007, *Bashir y otros c. Bulgaria*, demanda n. 65028/01, pár. 41; STEDH de 11 de enero de 2007, *Musa y otros c. Bulgaria*, demanda n. 61259/00, párs. 60 a 64.

⁸⁸² STEDH de 24 de abril de 2008, *C.G. y otros c. Bulgaria*, demanda n. 1365/07, párs. 42 a 47 y 49.

⁸⁸³ STEDH de 12 de febrero de 2013, *Amie y otros c. Bulgaria*, demanda n. 58149/08, párs. 99 y 100; STEDH de 11 de febrero de 2010, *Raza c. Bulgaria*, demanda n. 31465/08, párs. 53 y 54. En estos casos, cuando una demanda contiene una queja sobre la manera en la que un tribunal nacional se ha pronunciado sobre un caso y, como sucede en *Raza c. Bulgaria*, el TEDH solicita expresamente una copia de dicha sentencia, además de otra información complementaria, el EP debe presentar la documentación pertinente. De lo contrario, y en aplicación de la Regla 44C, apdo. 2, del Reglamento del Tribunal, este puede sacar conclusiones de la conducta del EP acerca de esta negativa; TEDH, “Reglamento de Procedimiento del TEDH”. Estrasburgo, 1 de agosto de 2018. Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_SPA.pdf

seguridad nacional o la seguridad de otros. Ello pone de manifiesto que existen métodos que pueden acomodar las preocupaciones legítimas de seguridad del Estado sin privar a los sujetos de garantías procesales fundamentales, como es la publicidad de las decisiones judiciales⁸⁸⁴.

Por otra parte, un examen eminentemente formal, que no hace mención a los motivos de hecho en los que se basa la determinación del riesgo para la seguridad nacional, y sobre los que se adopta una orden de expulsión, debe ser considerado como una injerencia no justificada en el derecho a la vida privada y familiar. De la misma manera, la falta de razonamiento de los motivos que dan lugar a la medida de expulsión, también puede socavar la capacidad del extranjero de ejercer su derecho a iniciar acciones legales de manera efectiva⁸⁸⁵.

En suma, una expulsión interfiere en la vida privada y familiar del extranjero objeto de expulsión, vulnerando el art. 8 del CEDH, si no se encuentra basada en disposiciones legales que cumplan con los requisitos anteriormente mentados. Además, se debe examinar si la expulsión persigue un objetivo legítimo (epígrafe 5) y, en su caso, si guarda proporción con este objetivo (epígrafe 6).

4.2. Las garantías procesales como salvaguardia del derecho a la vida privada y familiar

De conformidad con el art. 8 del CEDH, la obligación positiva del Estado inherente al efectivo respeto de la vida privada y familiar, puede implicar la adopción de un procedimiento efectivo y accesible que tenga como fin garantizar el respeto de este derecho. En particular, esa obligación exige el establecimiento de un marco legal que prevea un mecanismo judicial para proteger los derechos de las personas y, en caso necesario, que prevea medidas específicas apropiadas. Esto incluye la obligación de las autoridades competentes de examinar, con la mayor celeridad posible, la solicitud de asilo de un extranjero. La finalidad no es otra que la de asegurar que la situación de inseguridad e incertidumbre por la que atraviesa el extranjero sea lo más breve posible⁸⁸⁶.

⁸⁸⁴ STEDH de 19 de febrero de 2009, *A. y otros c. Reino Unido*, demanda n. 3455/05, párs. 29 a 69, 93 y 215; STEDH de 7 de diciembre de 2007, *Liu c. Rusia*, demanda n. 42086/05, pár. 62.

⁸⁸⁵ En el caso *Ustinova c. Rusia*, la demandante alega, y así lo acredita el TEDH, que no le es notificada la orden de expulsión. Como consecuencia, la demandante descubre la existencia de la orden que le impide regresar a Rusia pasado un año, cuando regresa de Ucrania con su hija. Por tanto, se ve obligada a permanecer en Ucrania, mientras que su hijo de ocho meses permanece bajo el cuidado de su cónyuge en Rusia; STEDH de 8 de noviembre de 2016, *Ustinova c. Rusia*, demanda n. 7994/14, pár. 49.

⁸⁸⁶ STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n. 30696/09, pár. 262.

En *B.A.C. c. Grecia*, el Ministro de Orden Público griego, durante nada menos que doce años, no se pronuncia sobre la solicitud de asilo del solicitante, a pesar de que el Consejo Asesor de Asilo emite un dictamen favorable y las autoridades judiciales griegas rechazan la solicitud de extradición de las autoridades turcas. Es evidente que la incertidumbre sufrida por el demandante excede con creces la de cualquier solicitante que espera la finalización, dentro de un plazo razonable, de su procedimiento de asilo, lo que vulnera el art. 8 del CEDH en relación con el art. 13⁸⁸⁷. El art. 8 se incumple si las autoridades no garantizan el derecho del extranjero al respeto de su vida privada al no establecer un procedimiento eficaz y accesible que le permita examinar la solicitud de asilo en un tiempo razonable. Cuanto menor sea el tiempo de espera durante el que se tramita la solicitud, la precariedad de la situación del solicitante se mantiene por menos tiempo⁸⁸⁸.

En los casos en los que las expulsiones de extranjeros se impugnan ante una supuesta injerencia en la vida privada y familiar, para que un recurso sea efectivo, no es imprescindible que tenga un efecto suspensivo automático (Capítulo VII.5.2.3.2.)⁸⁸⁹. Si existe un argumento legal que permita defender que la expulsión puede interferir en el derecho del extranjero a su vida privada y familiar, el art. 13, en conjunto con el art. 8 del CEDH, requiere que los Estados pongan a disposición del interesado la posibilidad efectiva de impugnar la orden de expulsión o la orden por la que se deniega la residencia. Asimismo, el examen de todas las cuestiones que sean pertinentes para el procedimiento, debe llevarse a cabo con las suficientes garantías procesales y minuciosidad, a través de un foro apropiado que ofrezca garantías adecuadas de independencia e imparcialidad⁸⁹⁰.

En *M. y otros c. Bulgaria*, el TS Administrativo no ha garantizado a los demandantes el recurso interno efectivo exigido por el art. 13, por lo que los demandantes alegan que la expulsión del Sr. M interfiere de manera arbitraria y desproporcionada en su vida

⁸⁸⁷ Esta dilación en el procedimiento había acarreado, además de la sensación de inseguridad, otras consecuencias al demandante que afectaron a su vida privada y pudieron ser corroboradas por el TEDH. Por ejemplo, el demandante trabajó en el sector de la construcción sin un permiso de trabajo; no pudo abrir una cuenta bancaria, inscribirse en la universidad, obtener un número fiscal o sacarse el permiso de conducción; la convivencia con su cónyuge no se materializó ni legal ni materialmente hasta 2008 cuando pudo obtener un permiso de trabajo de corta duración en Grecia, en lugar de hacerlo con anterioridad, en el caso de que su solicitud de asilo se hubiera resuelto, de conformidad con las disposiciones legales sobre reunificación familiar; STEDH de 13 de octubre de 2016, *B.A.C. c. Grecia*, demanda n. 11981/15, párs. 41 a 44. En este sentido véase también; STEDH de 10 de julio de 2014, *Senigo Longue y otros c. Francia*, demanda n. 19113/09.

⁸⁸⁸ STEDH de 13 de octubre de 2016, *B.A.C. c. Grecia*, demanda n. 11981/15, pár. 46.

⁸⁸⁹ STEDH de 13 de diciembre de 2012, *De Souza Ribeiro c. Francia*, demanda n. 22689/07, pár. 83.

⁸⁹⁰ STEDH de 20 de junio de 2002, *Al-Nashif c. Bulgaria*, demanda n. 50963/99, pár. 133.

privada y familiar. Además, durante el procedimiento, el tribunal búlgaro no presta atención a las cuestiones de proporcionalidad, ya que las ha considerado irrelevantes. Por todo ello, se concluye la vulneración del art. 8 del CEDH⁸⁹¹.

5. LOS OBJETIVOS LEGÍTIMOS PREVISTOS PARA LA INJERENCIA EN LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR

El art. 8.2 del CEDH regula los motivos que los EP pueden alegar para interferir en el derecho a la vida privada y familiar. Según dicho artículo, la intromisión debe ser necesaria: “para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”. De todos los motivos enumerados, tres de ellos han dado lugar a una abundante jurisprudencia por parte del TEDH, a saber: la prevención del desorden y el crimen⁸⁹², la protección de la seguridad nacional⁸⁹³ y el bienestar económico del país⁸⁹⁴.

El primer y segundo de los tres motivos se encuentran estrechamente vinculados y como se podrá comprobar en los siguientes epígrafes (en especial epígrafes 6.1, 6.2 y 6.6), han permitido el desarrollo de un corpus jurisprudencial en torno al derecho a la vida privada y familiar. Como es notorio, el interés que subyace en estos dos motivos es la defensa de la seguridad nacional ante la posible amenaza que el extranjero, por sus antecedentes delictivos, puede eventualmente suponer para el EP.

En relación al bienestar económico del país, este motivo también ha dado lugar a algún pronunciamiento. En *Hasanbasic c. Suiza*, los demandantes acumularon un gran endeudamiento, además de haber recibido asistencia pública durante doce años; situación de dependencia del erario público que afectaba, según las autoridades suizas, al bienestar económico del país. Pero según el TEDH, aunque el bienestar económico del país puede servir como objetivo legítimo para negarse a renovar un permiso de residencia, se trata de una problemática que debe ser objeto de una apreciación adecuada. En el caso citado, debido a la duración y el grado de integración del sujeto en el EP, se concluye que la

⁸⁹¹ STEDH de 26 de julio de 2011, *M. y otros c. Bulgaria*, demanda n. 41416/08, párr. 125.

⁸⁹² STEDH de 26 de junio de 2014, *Gablishvili c. Rusia*, demanda n. 39428/12, párr. 46; STEDH de 3 de julio de 2012, *Samsonnikov c. Estonia*, demanda n. 52178/10, párr. 85; STEDH de 11 de julio de 2002, *Amrollahi c. Dinamarca*, demanda n. 56811/00, párr. 32; STEDH de 19 de febrero de 1998, *Dalia c. Francia*, demanda n. 154/1996/773/974, párr. 48.

⁸⁹³ STEDH de 9 de octubre de 2003, *Slivenko c. Letonia*, demanda n. 48321/99, párr. 112.

⁸⁹⁴ STEDH de 29 de julio de 2010, *Agraw c. Suiza*, demanda n. 3295/06, párr. 49; STEDH de 31 de julio de 2008, *Darren Omoregie y otros c. Noruega*, demanda n. 265/07, párr. 56.

expulsión no es proporcionada con los objetivos legítimos invocados⁸⁹⁵. Se pone de manifiesto, por tanto, que con independencia de que uno de los motivos planteados por el EP para justificar la vulneración de art. 8 del CEDH sea uno de los expresamente reconocidos en la disposición, las circunstancias concretas del caso son las que determinan la proporcionalidad de la injerencia

Con carácter general y común a todos los motivos previstos en el art. 8.2., debido, por una parte, al papel subsidiario del TEDH y, por otra parte, al amplio margen de apreciación que corresponde a los EP en materia de seguridad nacional, el Tribunal sostiene que es el EP el encargado de realizar su propia evaluación de tales motivos, de conformidad con los hechos de los que sea conocedor⁸⁹⁶. Por tanto, se atribuye un peso notable a la percepción de las autoridades nacionales y, en especial, de los órganos judiciales ya que, como guardianes de la seguridad de su Estado, son quienes se encuentran en mejores condiciones para evaluar las pruebas relacionadas con la existencia de alguno de los motivos previstos en el art. 8.2⁸⁹⁷. Por ello, las autoridades nacionales disfrutaban de un cierto margen de apreciación al evaluar si una injerencia en el derecho protegido por el art. 8 es necesaria en una sociedad democrática y proporcionada al objetivo legítimo perseguido⁸⁹⁸.

No obstante, el referido margen de apreciación estatal no puede conllevar que el interés público pueda ser percibido en términos abstractos, subyacentes a las distinciones legales hechas en el derecho interno⁸⁹⁹. Al TEDH le corresponde revisar si las medidas adoptadas logran un equilibrio justo entre los derechos individuales protegidos por el

⁸⁹⁵ STEDH de 1 de junio de 2013, *Hasanbasic c. Suiza*, demanda n. 52166/09, párr. 66. Acerca de este motivo véase también la STEDH de 11 de julio de 2000, *Ciliz c. Países Bajos*, demanda n. 29192/95 y STEDH de 21 de junio de 1988, *Berrehab c. Países Bajos*, demanda n. 10730/84. En ambas sentencias los Estados alegan restrictivas políticas en materia de inmigración con el fin de salvaguardar el bienestar económico del país.

⁸⁹⁶ El margen de apreciación estatal se concibe como: “una de las más importantes salvaguardas desarrolladas por la Comisión y el TEDH para reconciliar la aplicación efectiva del CEDH con los poderes soberanos de los Gobiernos en democracia”; ARRIAGA, IRABURU, I., *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Eunsa, Navarra, 2003, p. 212. Otro autor señala que: “el propio margen de apreciación nacional [...] puede concebirse también como un ingrediente más de ese juicio de proporcionalidad”; GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Madrid, 2010, p. 91.

⁸⁹⁷ STEDH de 7 de marzo de 2017, *Kamenov c. Rusia*, demanda n. 17570/15, párr. 33; STEDH de 25 de octubre de 2016, *Dzhurayev y Shalkova c. Rusia*, demanda n. 1056/15, párr. 35; STEDH de 26 de julio de 2011, *Liu c. Rusia (n.2)*, demanda n. 29157/09, párr. 85.

⁸⁹⁸ STEDH de 14 de septiembre de 2017, *Ndidi c. Reino Unido*, demanda n. 41215/14, párr. 75; STEDH de 25 de abril de 2017, *Krasniqi c. Austria*, demanda n. 41697/12, párr. 49; STEDH de 9 de octubre de 2003, *Slivenko c. Letonia*, demanda n. 48321/99, párr. 113; STEDH de 21 de junio de 1988, *Berrehab c. Países Bajos*, demanda n. 10730/84, párr. 28.

⁸⁹⁹ En este sentido, STEDH de 9 de octubre de 2003, *Slivenko c. Letonia*, demanda n. 48321/99, párr. 121.

CEDH, por una parte, y los intereses del Estado, por otra⁹⁰⁰. Así pues, aunque la labor de control jurisdiccional que corresponde al TEDH se basa en el principio de subsidiariedad, ello no implica que no pueda supervisar el resultado obtenido por las autoridades nacionales, acerca de la ponderación realizada entre los objetivos estatales y los derechos del extranjero. De lo contrario, los derechos garantizados por el CEDH carecerían de contenido. En cualquier caso, a la hora de llevar a cabo su tarea de supervisión, el tribunal de Estrasburgo debe asegurar que las autoridades nacionales se ajustan a su jurisprudencia y, además, que sus decisiones se basan en una evaluación aceptable de los hechos pertinentes.

Para que el margen de apreciación estatal se encuentre dentro de los confines del CEDH, son necesarias ciertas exigencias de procedimiento. Las garantías procesales disponibles para el extranjero son especialmente importantes para determinar si el Estado demandando no se extralimita a la hora de aplicar su margen de apreciación. En concreto, el TEDH debe examinar si el proceso de toma de decisiones que conduce a interferir en la vida privada y familiar del extranjero es justo y se lleva a cabo de manera que se respeta el derecho salvaguardado por el art. 8 del CEDH⁹⁰¹. Si bien el art. 8 del CEDH no contiene requisitos procesales explícitos, el proceso que conduzca a la adopción de medidas que injieren en la citada disposición, debe ser justo y respetar debidamente los intereses que pretende salvaguardar este precepto⁹⁰².

En *Dzhurayev*, durante el examen de apelación contra la expulsión, los tribunales nacionales no tienen en cuenta los lazos familiares de los demandantes. En consecuencia, el procedimiento no les brinda la oportunidad de que un tribunal examine si la expulsión es proporcionada a los fines legítimos perseguidos, en virtud del art. 8.2 del CEDH. Por ejemplo, a uno de los demandantes se le prohíbe regresar al territorio ruso durante más de diecinueve meses, sin posibilidad de que un órgano jurisdiccional determine la

⁹⁰⁰ STEDH de 25 de abril de 2017, *Krasniqi c. Austria*, demanda n. 41697/12, párr. 49; STEDH de 23 de abril de 2015, *Khan c. Alemania*, demanda n. 38030/12, párr. 40; STEDH de 8 de julio de 2014, *M.P.E.V. y otros c. Suiza*, demanda n. 3910/13, párr. 53; STEDH de 25 de marzo de 2014, *Palanci c. Suiza*, demanda n. 2607/08, párr. 52; STEDH de 15 de mayo de 2012, *Nacic y otros c. Suecia*, demanda n. 16567/10, párr. 80; STEDH de 14 de junio de 2011, *Osman c. Dinamarca*, demanda n. 38058/09, párr. 53; STEDH de 2 de agosto de 2001, *Boultif c. Suiza*, demanda n. 54273/00, párr. 47.

⁹⁰¹ STEDH de 26 de junio de 2014, *Gablishvili c. Rusia*, demanda n. 39428/12, párr. 48; STEDH de 26 de julio de 2011, *Liu c. Rusia (n.2)*, demanda n. 29157/09, párr. 86.

⁹⁰² STEDH de 25 de octubre de 2016, *Dzhurayev y Shalkova c. Rusia*, demanda n. 1056/15, párr. 36; STEDH de 27 de septiembre de 2011, *Alim c. Rusia*, demanda n. 39417/07, párr. 94; STEDH de 26 de julio de 2011, *Liu c. Rusia (n.2)*, demanda n. 29157/09, párr. 86.

proporcionalidad de la medida, lo que supone una privación de las garantías procesales requeridas por el art. 8 del CEDH⁹⁰³.

En definitiva, el alcance del margen de apreciación estatal viene determinado por la jurisprudencia del TEDH. La tarea de supervisión del TEDH abarca tanto la legislación del EP como las decisiones que la aplican, incluidas las ejecutadas por tribunales internos. Con carácter general, en principio al TEDH no le corresponde evaluar el fondo del asunto, tarea que deben protagonizar las autoridades nacionales. No obstante, como afirma el Tribunal de Estrasburgo:

“the margin of appreciation to mean that, where the independent and impartial domestic courts have carefully examined the facts, applying the relevant human rights standards consistently with the Convention and its case-law, and adequately balanced the applicant’s personal interests against the more general public interest in the case, it is not for it to substitute its own assessment of the merits (including, in particular, its own assessment of the factual details of proportionality) for that of the competent national authorities. The only exception to this is where there are shown to be strong reasons for doing so”⁹⁰⁴.

Por ende, el margen de apreciación estatal va estrechamente ligado a la supervisión efectuada por el TEDH. Este órgano se encuentra facultado para pronunciarse definitivamente acerca de si una medida impuesta por las autoridades estatales, en aplicación de una norma o sentencia nacional, respeta el art. 8 del CEDH⁹⁰⁵.

También, en la jurisprudencia del TJUE se atribuye importancia al bienestar económico del país y a la protección de la seguridad ciudadana como objetivos legítimos que permiten, en función del caso, justificar la injerencia que supone la denegación de una solicitud de reagrupación familiar para la vida familiar del sujeto. Así, para el TJUE, con respecto al bienestar económico del país, el art. 7.1, letra c) de la Directiva sobre reagrupación familiar debe interpretarse en el sentido de que:

“permite a las autoridades competentes de un Estado miembro fundamentar la denegación de una solicitud de reagrupación familiar en una valoración prospectiva de la probabilidad de mantenimiento o no de los recursos fijos y regulares suficientes

⁹⁰³ STEDH de 25 de octubre de 2016, *Dzhurayev y Shalkova c. Rusia*, demanda n. 1056/15, párr. 43.

⁹⁰⁴ STEDH de 14 de septiembre de 2017, *Ndidi c. Reino Unido*, demanda n. 41215/14, párr. 76

⁹⁰⁵ STEDH de 14 de septiembre de 2017, *Ndidi c. Reino Unido*, demanda n. 41215/14, párr. 75; STEDH de 25 de abril de 2017, *Krasniqi c. Austria*, demanda n. 41697/12, párr. 49; STEDH de 23 de junio de 2008, *Maslov c. Austria*, demanda n. 1638/03, párr. 76.

de los que debe disponer el reagrupante para su propia manutención y la de los miembros de su familia, sin recurrir al sistema de asistencia social de ese Estado miembro, durante el año siguiente a la fecha de presentación de la solicitud, valoración que se basa en la evolución de los ingresos obtenidos por el reagrupante durante los seis meses anteriores a dicha fecha”⁹⁰⁶.

Al igual que el TEDH, el tribunal de Luxemburgo no se atribuye la función de entrar a valorar el fondo de un determinado asunto. El TJUE mantiene que son los órganos nacionales competentes quienes, a la luz de los elementos de interpretación que les proporciona, deben valorar si las medidas adoptadas son proporcionadas y corresponden a un comportamiento individual que constituye una amenaza suficientemente grave para el orden y la seguridad pública⁹⁰⁷. Como es sabido, corresponde a las autoridades nacionales la aplicación de las disposiciones del DUE, así como, en su caso, la transposición de este al derecho nacional⁹⁰⁸.

6. LA NECESIDAD DE LA EXPULSIÓN EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA, EN DETRIMENTO DE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR DEL EXTRANJERO

Otra de las exigencias contempladas en el art. 8.2 del CEDH para que la injerencia de la autoridad pública en la vida privada y familiar del extranjero pueda ampararse bajo esta disposición, consiste en que los objetivos legítimos que el EP pretende alcanzar con la expulsión sean necesarios en una sociedad democrática. La previsibilidad de la injerencia en la ley (epígrafe 4), y que los objetivos legítimos de la interferencia en el derecho se encuentren previstos en el art. 8.2 (epígrafe 5), son factores fácilmente determinables, ya que su apreciación se basa en hechos objetivos. Pero, como a continuación se comprobará, resulta bastante difícil precisar si se alcanza un justo equilibrio entre los objetivos alegados por el EP para proceder a la expulsión, y el respeto del derecho a la vida privada y familiar del extranjero. El criterio de la proporcionalidad

⁹⁰⁶ STJUE de 21 de abril de 2016, *Khachab*, asunto C-558/14, parte dispositiva.

⁹⁰⁷ En este sentido, STJCE de 26 de noviembre de 2002, *Olazábal*, asunto C-100/01, apdo. 44; STJCE de 27 de octubre de 1977, *Bouchereau*, asunto 30/77, apdo. 30.

⁹⁰⁸ Véase, STJCE de 14 de diciembre de 2000, *Fazenda Pública*, asunto C-446/98, pár. 23 y jurisprudencia citada.

juega un papel muy importante en la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 8.2 del CEDH⁹⁰⁹.

El TEDH entiende por “necesidad en una sociedad democrática” que la medida que interfiere en el derecho a la vida privada y familiar se justifique por una necesidad social acuciante y, en particular, proporcionada al objetivo legítimo perseguido⁹¹⁰. En este sentido, los EP tienen derecho a adoptar medidas sobre las personas condenadas por delitos penales con la finalidad de proteger a la sociedad. Sin embargo, este derecho puede ejercerse siempre y cuando tales medidas no interfieran con los derechos garantizados en el art. 8.1 y, de ser así, cumplan los requisitos de necesidad y proporcionalidad⁹¹¹.

Este análisis de proporcionalidad responde a lo que se ha denominado “teoría relativa”, que justifica la interferencia en los derechos fundamentales y se basa en tres elementos: la adecuación de la medida respecto al bien protegido; la existencia o no de una medida menos gravosa; y la proporcionalidad de la interferencia en relación al fin que con ella se busca alcanzar⁹¹². En consecuencia, la necesidad social de la injerencia se configura como un lugar de reconciliación entre la soberanía y la solidaridad. Se trata de una noción que el TEDH evita definir de manera concreta, con lo que deja un camino abierto hacia diferentes resultados⁹¹³.

⁹⁰⁹ En relación a la necesidad en una sociedad democrática de la injerencia en la vida privada y familiar, “el cumplimiento de ese requisito puede acabar dependiendo del contexto socio-político del momento, y/o de la eficacia atribuida para la realización del interés nacional”, FALLADA GARCÍA-VALLE, J.R., “Algunos límites a los derechos de los inmigrantes detención y expulsión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n. 20, 2010, 43-66, p. 66.

⁹¹⁰ STEDH de 7 de marzo de 2017, *Kamenov c. Rusia*, demanda n. 17570/15, párr. 25; STEDH de 25 de octubre de 2016, *Dzhurayev y Shalkova c. Rusia*, demanda n. 1056/15, párr. 30; STEDH de 16 de octubre de 2014, *Adeishvili (Mazmishvili) c. Rusia*, demanda n. 43553/10, párr. 76; STEDH de 26 de junio de 2014, *Gablshvili c. Rusia*, demanda n. 39428/12, párr. 44; STEDH de 26 de noviembre de 2013, *Vasquez c. Suiza*, demanda n. 1785/08, párr. 36; STEDH de 16 de abril de 2013, *Udeh c. Suiza*, demanda n. 12020/09, párr. 44; STEDH de 3 de julio de 2012, *Samsonnikov c. Estonia*, demanda n. 52178/10, párr. 86; STEDH de 27 de septiembre de 2011, *Alim c. Rusia*, demanda n. 39417/07, párr. 36; STEDH de 23 de junio de 2008, *Maslov c. Austria*, demanda n. 1638/03, párr. 68; STEDH de 6 de diciembre de 2007, *Chair y J.B. c. Alemania*, demanda n. 69735/01, párr. 56; STEDH de 28 de junio de 2007, *Kaya c. Alemania*, demanda n. 31753/02, párr. 51; STEDH de 9 de octubre de 2003, *Slivenko c. Letonia*, demanda n. 48321/99, párr. 113; STEDH de 2 de agosto de 2001, *Boultif c. Suiza*, demanda n. 54273/00, párr. 46; STEDH de 19 de febrero de 1998, *Dalia c. Francia*, demanda n. 154/1996/773/974, párr. 52; STEDH de 26 de septiembre de 1997, *Mehemi c. Francia*, demanda n. 85/1996/704/896, párr. 34.

⁹¹¹ STEDH de 18 de octubre de 2006, *Üner c. Países Bajos*, demanda n. 46410/99, párr. 56; STEDH de 5 de octubre de 2000, *Maaouia c. Francia*, demanda n. 39652/98, párr. 39.

⁹¹² ARRIAGA, IRABURU, I., *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Eunsa, Navarra, 2003, p. 143.

⁹¹³ BASCHERINI, G., *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Jovene, Napoli, 2007, p. 245.

Hasta *Boultif* en 2001⁹¹⁴, la jurisprudencia del TEDH en esta materia era escasa. En las demandas que se le plantearon antes de 2001 la principal injerencia en la vida privada y familiar del extranjero objeto de expulsión era la dificultad de los cónyuges de permanecer juntos cuando uno de ellos era objeto de expulsión y, en especial, la dificultad que para el otro cónyuge y/o los hijos de estos suponía el desplazamiento hasta el Estado de destino con el fin de continuar con la unidad familiar en este país. A partir de 2001 el número de demandas planteadas relativas al art. 8 en materia de expulsión aumenta exponencialmente, además de diversificarse las circunstancias que dan lugar a ellas.

En *Boultif* el TEDH establece unos criterios interpretativos que permiten evaluar si la medida de expulsión por la que se interfiere en la vida privada y familiar del extranjero es necesaria en una sociedad democrática, además de proporcionada de acuerdo con el objetivo legítimo perseguido. Estos criterios, denominados comúnmente “criterios *Boultif*”, son los siguientes: la naturaleza y la gravedad del delito cometido por el extranjero objeto de expulsión (epígrafe 6.1.); la duración de la estancia del extranjero en el EP del que es expulsado (epígrafe 6.2.); el tiempo transcurrido desde que comete el delito hasta que es expulsado y su conducta durante ese período (epígrafe 6.3.); las nacionalidades de las diversas personas interesadas (epígrafe 6.4.); la situación familiar del extranjero en cuestión, así como la duración del matrimonio, y otros factores que evidencien la efectiva y genuina vida familiar de una pareja (epígrafe 6.5.); el conocimiento del cónyuge acerca del delito cometido por su pareja en el momento en el que comienza a desarrollar una relación familiar (epígrafe 6.6.); la existencia de hijos en el matrimonio y, de ser así, la edad de estos (epígrafe 6.7.); y la gravedad de las dificultades que el cónyuge puede encontrar en el país al que se expulsa a su pareja (epígrafe 6.8.)⁹¹⁵.

Los EP deben basarse en estos criterios a la hora de evaluar la injerencia que la expulsión supone en la vida privada y familiar, tanto de los extranjeros de segunda generación, como de aquellos que han llegado al Estado de acogida en el que formaron una familia durante la primera etapa de su juventud. Si el asunto planteado no responde a ninguna de estas dos circunstancias, solo se tienen en cuenta los tres primeros criterios –

⁹¹⁴ STEDH de 2 de agosto de 2001, *Boultif c. Suiza*, demanda n. 54273/00, párr. 48.

⁹¹⁵ STEDH de 2 de agosto de 2001, *Boultif c. Suiza*, demanda n. 54273/00, párr. 48. El caso *Boultif* es resuelto por el TEDH quien falla la violación del art. 8 del CEDH. Para llegar a esta conclusión el Tribunal destaca que las autoridades suizas solo presentan un peligro comparativamente limitado para el orden público como argumento para la no renovación del permiso de residencia del demandante, sin observar el resto de circunstancias posteriores a la comisión del delito. Por ello el TEDH concluye que la interferencia no es proporcional al objetivo.

la naturaleza y la gravedad del delito cometido por el extranjero objeto de expulsión; la duración de la estancia del extranjero en el EP del que es expulsado; el tiempo transcurrido desde que comete el delito hasta que es expulsado y su conducta durante ese período—. Estos criterios no se relacionan, en sí mismos, con la vida familiar⁹¹⁶.

No obstante, además de todos los criterios anteriormente mencionados, el TEDH considera que existen otra clase de lazos que merecen ser tenidos en consideración a la hora de evaluar el justo equilibrio de la injerencia. Estos lazos se identifican con las relaciones que los extranjeros objeto de expulsión han forjado en el EP de acogida, país en el que, en algunos casos, han pasado la mayor parte de su vida⁹¹⁷. La existencia de otro tipo de relaciones interpersonales lleva al propio TEDH a cuestionar si los “criterios *Boultif*” son lo suficientemente amplios para que puedan ser aplicados a todos los casos relativos a la expulsión de extranjeros asentados en el territorio de un EP después de una condena penal.

Así, en *Üner c. Países Bajos* añade otros dos criterios a los ya clásicos “criterios *Boultif*”. El TEDH advierte que estos dos nuevos criterios pueden encontrarse implícitos en los ya identificados en *Boultif*, pero considera necesario destacarlos de manera explícita. El primero de estos dos nuevos criterios es el interés superior y el bienestar de los niños; en particular, la gravedad de las dificultades con las que cabe esperar que se encuentren los hijos del extranjero objeto de expulsión en el país de destino (epígrafe 6.7.). El segundo de los criterios *ex novo*, es la solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares del extranjero con el país de acogida y con el país de destino (epígrafe 6.8.)⁹¹⁸.

En síntesis, todos estos factores enumerados –los “criterios *Boultif*” más los dos criterios añadidos en *Üner*– deben ser tenidos en cuenta en todos los casos en los que un extranjero asentado en un EP “who are to be expelled and/or excluded following a criminal conviction”⁹¹⁹. Tales criterios se desprenden de la jurisprudencia del TEDH y son detallados en estos dos casos con la finalidad de facilitar la aplicación del art. 8 por los tribunales nacionales, si bien el peso que debe atribuirse a cada uno de ellos inevitablemente varía en función de las circunstancias específicas del caso. Por

⁹¹⁶ STEDH de 10 de julio de 2003, *Benhebbba c. Francia*, demanda n. 53441/99, pág. 33.

⁹¹⁷ STEDH de 26 de septiembre de 1997, *Mehemi c. Francia*, demanda n. 85/1996/704/896, pág. 36; STEDH de 29 de enero de 1997, *Bouchelkia c. Francia*, demanda n. 23078/93, pág. 48.

⁹¹⁸ STEDH de 18 de octubre de 2006, *Üner c. Países Bajos*, demanda n. 46410/99, pág. 58.

⁹¹⁹ STEDH de 18 de octubre de 2006, *Üner c. Países Bajos*, demanda n. 46410/99, pág. 60.

consiguiente, esta lista de criterios no es óbice para que se puedan tener en cuenta otros criterios que se deban aplicar al supuesto concreto⁹²⁰.

En definitiva, si la injerencia en los derechos del demandante en virtud del art. 8 persigue, como objetivo legítimo, la prevención del desorden o el delito, los anteriores criterios, en última instancia, se encuentran diseñados para ayudar a evaluar en qué medida se puede esperar que el extranjero cause desorden o participe en actividades delictivas⁹²¹.

Si se atiende al contenido sustancial de los criterios enumerados, están referidos al arquetipo de extranjero con un núcleo familiar más o menos sólido o estable en el EP. Sin embargo, si se trata de la expulsión de un extranjero adulto joven que todavía no ha formado su propia familia, los criterios que el TEDH considera pertinente valorar en estos casos son: la naturaleza y la gravedad del delito cometido por el demandante; la duración de la estancia en el EP expulsor; el tiempo transcurrido desde la comisión del delito y la conducta del demandante durante ese periodo; así como la solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares con el Estado de acogida y con el Estado de destino⁹²².

Por su parte, el TJUE tampoco se opone con carácter general en el ámbito de la UE, a la expulsión de un extranjero condenado por ciertos delitos y que, además, constituye una amenaza actual para el orden público, con independencia de la duración de su estancia en el EP, o la existencia de vínculos familiares. Del mismo modo que el tribunal de Estrasburgo, el TJUE limita la expulsión a que las autoridades nacionales lleven a cabo la evaluación del justo equilibrio de los intereses en juego “dentro del respeto a los principios generales del DUE y, en particular, teniendo debidamente en cuenta el respeto a los derechos fundamentales, como la protección de la vida familiar”⁹²³.

A la hora de proceder a una correcta aplicación del principio de proporcionalidad en la valoración del grado de injerencia conforme el fin legítimo que se persigue, el TJUE sigue los “criterios *Boultif*” establecidos por el TEDH con el fin de evaluar si se da un

⁹²⁰ ARZOZ SANTISTEBAN, X., “Derecho al respeto de la vida privada y familiar”, en LASAGABASTER HERRARTE, I., (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, 3ª ed., Civitas, Navarra, 2015, 338-438, p. 416.

⁹²¹ STEDH de 27 de septiembre de 2011, *Alim c. Rusia*, demanda n. 39417/07, pár. 80; STEDH de 20 de septiembre de 2011, *A.A. c. Reino Unido*, demanda n. 8000/08, pár. 58; STEDH de 23 de junio de 2008, *Maslov c. Austria*, demanda n. 1638/03, pár. 70.

⁹²² STEDH de 1 de junio de 2017, *Külleki c. Austria*, demanda n. 30441/09, pár. 39; STEDH de 23 de junio de 2008, *Maslov c. Austria*, demanda n. 1638/03, pár. 71.

⁹²³ STJCE de 29 de abril de 2004, *Orfanopoulos y Oliveri*, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01, apdo. 5 parte dispositiva.

justo equilibrio en la injerencia⁹²⁴. En concreto, mantiene que el examen de proporcionalidad debe ponderar la gravedad de la injerencia con la finalidad perseguida: es decir, los intereses del Estado. En lo que concierne a la gravedad de la injerencia, el TJUE resalta que los criterios a valorar son las relaciones familiares –tanto en el Estado de acogida como en el Estado de destino–, así como las circunstancias personales –como puede ser la integración sociocultural del extranjero en el EM de la UE–⁹²⁵.

6.1. La naturaleza y la gravedad del delito cometido

La gravedad del delito cometido por un extranjero es un factor de peso en la balanza que se inclina a favor de los intereses nacionales, en detrimento del respeto a su derecho a la vida privada y familiar⁹²⁶. En este sentido, es la preceptiva evaluación de la naturaleza y la gravedad de los delitos cometidos por el individuo la que permite poner en evidencia si la persona representa una amenaza para el EP en el que reside. Para llevar a cabo la evaluación, el TEDH se basa en una serie de elementos, tales como el número y gravedad de los delitos cometidos⁹²⁷; la gravedad de las sentencias dictadas en relación a estos delitos por los tribunales nacionales; o la prolongación de la vida delictiva del extranjero,

⁹²⁴ STJCE de 29 de abril de 2004, *Orfanopoulos y Oliveri*, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01, apdo. 99.

⁹²⁵ Conclusiones de la AG Christine Stix-Hackl, presentadas el 13 de septiembre de 2001, *Carpenter*, asunto C-60/00, párr. 93. El TS en su jurisprudencia también establece que el mero hecho de que el extranjero tenga antecedentes policiales –y con desconocimiento del resultado judicial–, es insuficiente para motivar la expulsión; STS 1229/2007 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª), recurso n. 9543/2003, de 22 de febrero de 2007, F.J. 4º.

⁹²⁶ STEDH de 1 de junio de 2017, *Küleki c. Austria*, demanda n. 30441/09, párr. 42; STEDH de 3 de noviembre de 2011, *Arvelo Aponte c. Países Bajos*, demanda n. 28770/05, párrs. 57 y 58. En este sentido, véase, SANTOLAYA MACHETTI, P., *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 111.

⁹²⁷ En relación a la gravedad del delito, el TEDH mantiene que, a la vista de los efectos devastadores de las drogas en la vida de las personas, las autoridades nacionales muestran gran firmeza con aquellos que contribuyen activamente a la propagación de este flagelo. Véase, entre otros, STEDH de 12 de enero de 2010, *A.W. Khan c. Reino Unido*, demanda n. 47486/06, párr. 40; STEDH de 17 de enero de 2006, *Aoulmi c. Francia*, demanda n. 50278/99, párr. 86. Como señaló el Tribunal en el caso *Dalia c. Francia*, “irrespective of the sentence passed on her, the fact that Mrs Dalia took part in such trafficking still weighs as heavily in the balance”; STEDH de 19 de febrero de 1998, *Dalia c. Francia*, demanda n. 154/1996/773/974, párr. 54. Empero, no ha adoptado el mismo enfoque con respecto a los condenados por consumo de drogas; STEDH de 26 de junio de 2014, *Gablshvili c. Rusia*, demanda n. 39428/12, párr. 50; STEDH de 23 de junio de 2008, *Maslov c. Austria*, demanda n. 1638/03, párr. 80. En este sentido, la jurisprudencia del TJUE también deja abierta la posibilidad de que los EM consideren que el consumo de estupefacientes constituye un peligro para la sociedad que puede dar lugar a la justificación de medidas especiales contra los extranjeros que infrinjan la legislación sobre estupefacientes. Una perturbación del orden público en este sentido debe ser interpretada de forma restrictiva, por lo que solo puede justificarse una condena penal por este delito siempre y cuando se base en una conducta personal que comporte una amenaza actual para el orden público; STJCE de 19 de enero de 1999, *Donatella Calfa*, asunto C-348/96, apdos. 22 a 24. En la misma línea se pone de manifiesto la jurisprudencia interna española; SAP de Madrid 13728/2013 (Juzgado de lo Penal nº 5, Sección 6ª), recurso n. 198/2013 de 30 de octubre de 2013.

tanto antes como después de la orden de expulsión, entre otros. Estos factores permiten al Tribunal determinar si la presencia del extranjero en el EP debe ser tolerada por las autoridades estatales⁹²⁸.

En este sentido, en *Maslov c. Austria* el demandante acumula condenas por robo, extorsión y asalto, delitos que lleva a cabo durante un periodo de quince meses para financiar su drogodependencia. En este caso, la minoría de edad del demandante cuando comete los delitos, así como la naturaleza no violenta de los mismos, son factores importantes en la apreciación de la proporcionalidad de la expulsión de conformidad con el art. 8⁹²⁹. Pero en *Joseph Grant*, aunque los delitos del demandante son en su mayoría no violentos, el patrón delictivo es mucho más prolongado. Además, los delitos cometidos por el demandante no pueden ser catalogados como “actos de delincuencia juvenil”. En consecuencia, la expulsión del extranjero, en este caso, es proporcionada al fin legítimo perseguido⁹³⁰.

La evaluación de la naturaleza y la gravedad del delito debe servir a las autoridades nacionales y al TEDH para determinar si las condenas y, en su caso, las penas de prisión, del extranjero pueden causar cierta perturbación en su vida familiar⁹³¹. En este sentido, si la orden de expulsión se basa en un delito que, además de grave, perjudica significativamente la vida familiar, deben prevalecer los intereses estatales. Por ejemplo, si el delito se lleva a cabo contra los propios integrantes del núcleo familiar⁹³².

Hasta ahora se ha hecho referencia a la comisión de delitos penales y se ha valorado la gravedad de la infracción como motivo que justifica la expulsión en detrimento del derecho a la vida privada y familiar del extranjero. No obstante, si el delito por el que se decide la expulsión del extranjero se limita a la mera estancia irregular en el EP, sin que consten otros antecedentes penales, la tolerancia de las autoridades estatales a la estancia del extranjero en el país, es un factor relevante en la evaluación del justo equilibrio de los intereses. Si la estancia del extranjero en el EP se dilata durante un periodo de tiempo considerable, tiempo en el que se encuentra en gran medida expuesto a que las autoridades nacionales lo expulsen, dicha circunstancia suele permitir que el extranjero establezca o

⁹²⁸ STEDH de 26 de marzo de 1992, *Beldjoudi c. Francia*, demanda n. 12083/86, pág. 73.

⁹²⁹ STEDH de 23 de junio de 2008, *Maslov c. Austria*, demanda n. 1638/03, pág. 81.

⁹³⁰ STEDH de 8 de enero de 2009, *Joseph Grant c. Reino Unido*, demanda n. 10606/07, pág. 40. En este sentido, STEDH de 25 de marzo de 2010, *Mutlag c. Alemania*, demanda n. 40601/05, pág. 55; STEDH de 17 de febrero de 2009, *Onur c. Reino Unido*, demanda n. 27319/07, pág. 60; STEDH de 23 de junio de 2008, *Maslov c. Austria*, demanda n. 1638/03, pág. 81.

⁹³¹ En este sentido, STEDH de 25 de abril de 2017, *Krasniqi c. Austria*, demanda n. 41697/12, pág. 55.

⁹³² En este sentido, STEDH de 13 de octubre de 2011, *Husseini c. Suecia*, demanda n. 10611/09, pág. 103.

desarrolle lazos familiares, sociales y culturales, más o menos fuertes, en el EP⁹³³. Por tanto, a tenor de estas circunstancias, la falta de diligencia del Estado en proceder a la expulsión se posiciona a favor del derecho a la vida privada y familiar del extranjero y en contra de los intereses estatales. Como ocurre en *Jeunesse c. Países Bajos*, en el que la dirección del extranjero siempre ha sido conocida por las autoridades neerlandesas, por lo que su expulsión pudo siempre ser factible⁹³⁴.

En esta línea, si el motivo de la expulsión se limita a la estancia irregular del extranjero en el EP, y su expulsión conlleva una fractura importante de su vida privada y familiar, “attaching such paramount importance to this latter element, the authorities may be considered to have indulged in excessive formalism⁹³⁵. No obstante, las autoridades nacionales puedan reaccionar con la expulsión ante la estancia irregular del extranjero, dado que la expulsión constituye un importante medio de disuasión general contra violaciones graves o reiteradas de las normas estatales de inmigración⁹³⁶.

Por tanto, no es necesario que el delito por el que el extranjero va a ser objeto de expulsión sea grave para que el interés público estatal prevalezca, como es el caso de las infracciones administrativas por estancia irregular⁹³⁷. Sin embargo, cuando una normativa estatal de inmigración que, *a priori*, busca un eficiente grado de control de la inmigración, no va acompañada de acciones que garanticen este propósito, dando lugar a periodos de inactividad entre la decisión de expulsión y la expulsión definitiva, la expulsión en estos casos sí que puede contravenir el art. 8 del CEDH. Así ocurre en *Nunez c. Noruega* en el que el carácter ilegal de la estancia de la demandante en Noruega se pone en conocimiento de las autoridades noruegas en verano de 2001, pero hasta abril de 2005 no se ordena su expulsión y la consecuente prohibición de reingreso. Por lo que “it does not appear to the Court that the impugned measure to any appreciable degree fulfilled the interests of swiftness and efficiency of immigration control that was the intended purpose of such administrative measures”⁹³⁸.

⁹³³ STEDH de 3 de octubre de 2014, *Jeunesse c. Países Bajos*, demanda n. 12738/10, párr. 120.

⁹³⁴ STEDH de 3 de octubre de 2014, *Jeunesse c. Países Bajos*, demanda n. 12738/10.

⁹³⁵ STEDH de 31 de enero de 2006, *Rodrigues da Silva y Hoogkamer c. Países Bajos*, demanda n. 50435/99, párr. 44.

⁹³⁶ STEDH de 14 de febrero de 2012, *Antwi y otros c. Noruega*, demanda n. 26940/10, párr. 90; STEDH de 28 de junio de 2011, *Nunez c. Noruega*, demanda n. 55597/09, párr. 71; STEDH de 31 de julio de 2008, *Darren Omoregie y otros c. Noruega*, demanda n. 265/07, párr. 67.

⁹³⁷ STEDH de 28 de junio de 2011, *Nunez c. Noruega*, demanda n. 55597/09, párr. 71; STEDH de 31 de julio de 2008, *Darren Omoregie y otros c. Noruega*, demanda n. 265/07, párr. 67.

⁹³⁸ STEDH de 28 de junio de 2011, *Nunez c. Noruega*, demanda n. 55597/09, párr. 82.

Por su parte, el TJUE también considera un elemento importante en la apreciación del futuro comportamiento del extranjero y el eventual riesgo que ello supone para los intereses del Estado, la naturaleza y número de condenas recibidas; esto es, la intensidad delictiva del sujeto⁹³⁹. Cualquiera que sea la apreciación que lleven a cabo los órganos judiciales de los EM de la UE, esta debe basarse en el comportamiento personal del individuo. Por tanto, la mera existencia de condenas penales no constituye un motivo que ponga de manifiesto la proporcionalidad a la injerencia a la vida privada y familiar. Según el TJUE:

“la existencia de una condena penal sólo puede apreciarse en la medida en que las circunstancias que dieron lugar a dicha condena pongan de manifiesto la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público”⁹⁴⁰.

El TJUE concede importancia al hecho de que los nacionales de un EM puedan disfrutar de los derechos que su estatuto de ciudadano europeo le confiere. Por consiguiente, para limitar los derechos del ciudadano europeo y/o sus familiares extranjeros por atentar contra el orden público, tales atentados, además de requerir el desorden que implica toda infracción de la ley, deben suponer una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad⁹⁴¹.

Por tanto, el TJUE, en consonancia con la postura del tribunal de Estrasburgo, mantiene que una acusación basada en la peligrosidad que el extranjero representa en el EM no debe basarse en términos abstractos. Debe demostrarse la existencia de determinados riesgos y deben rehusarse las generalizaciones⁹⁴². El DUE se opone a la expulsión de un extranjero basada en términos generales de prevención, o bajo el argumento de prevenir el “efecto llamada”⁹⁴³. Por esta razón, los EM no pueden llevar a cabo una expulsión automática, derivada de una condena penal, obviando el

⁹³⁹ Véase la referencia hecha por la AG a la jurisprudencia del TJUE en este sentido en, Conclusiones de la AG Christine Stix-Hackl, presentadas el 11 de septiembre de 2003, *Orfanopoulos y Oliveri*, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01, pár. 50.

⁹⁴⁰ STJUE de 13 de septiembre de 2016, *Rendón Marín*, asunto C-165/14, apdo. 60; STJCE de 31 de enero de 2006, *Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de España*, asunto C-503/03, apdo. 44.

⁹⁴¹ STJCE de 31 de enero de 2006, *Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de España*, asunto C-503/03, apdo. 46; STJCE de 29 de abril de 2004, *Orfanopoulos y Oliveri*, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01, apdo. 66.

⁹⁴² En este sentido, STJCE de 26 de noviembre de 2002, *Olazábal*, asunto C-100/01, apdos. 30 y 31; STJCE de 10 de febrero de 2000, *Nazli*, asunto C-340/97, apdos. 59 y 63; STJCE de 18 de mayo de 1982, *Adoui y Cornuaille*, asuntos acumulados 115/81 y 116/81, apdo. 11; STJCE de 28 de octubre de 1975, *Rutili*, asunto 36/75, apdos. 29 a 31.

⁹⁴³ STJCE de 26 de febrero de 1975, *Bonsignore*, asunto 67/74, apdo. 7.

comportamiento personal del extranjero, así como el riesgo real que supone para el orden y la seguridad pública⁹⁴⁴.

Siguiendo la estela del tribunal de Estrasburgo, el TJUE tampoco considera que, en principio, el mero incumplimiento de formalidades administrativas deba obstaculizar la reagrupación familiar a la que tendrían derecho los extranjeros de no concurrir tales formalidades. Por ende, la denegación de entrada de un extranjero, cónyuge de un nacional de un EM, supone una medida desproporcionada cuando el extranjero, aun sin un visado válido, puede probar su identidad, el vínculo conyugal, y su presencia no representa un riesgo para la seguridad, el orden o la salud pública, en el sentido de la Directiva 2004/38/CE⁹⁴⁵.

Esto no quiere decir que el DUE impida a los EM imponer sanciones para salvaguardar su normativa relativa a los controles en materia de extranjería. Pero una decisión por la que se deniega un permiso de residencia y/o se impone una medida de expulsión, sobre la base exclusiva del incumplimiento de formalidades legales relativas al control de extranjeros, es desproporcionada en comparación con el grado de injerencia que la decisión del EM supone⁹⁴⁶. Por tanto, el extranjero miembro de la familia de un ciudadano europeo tiene, en principio, derecho de entrada y residencia en el territorio del EM en el que se encuentra el ciudadano de la UE, premisa que encuentra su excepción en el caso de que el nacional del tercer Estado suponga un peligro para la seguridad y el orden público, en los términos y condiciones expuestos.

6.2. La duración de la estancia del extranjero en el Estado expulsor

La duración de la estancia del extranjero en el EP de acogida también es considerada como un criterio con un peso relevante en el examen de proporcionalidad. Cuanto más tiempo reside una persona en un país determinado, más fuertes serán sus lazos con ese Estado y más débiles con el Estado de su nacionalidad. Por ello, se deben tener en consideración, en pro a la salvaguardia de los derechos del extranjero, las circunstancias

⁹⁴⁴ STJCE de 31 de enero de 2006, *Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de España*, asunto C-503/03, apdo. 44; STJCE de 29 de abril de 2004, *Orfanopoulos y Oliveri*, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01, apdo. 68; STJCE de 10 de febrero de 2000, *Nazli*, asunto C-340/97, apdo. 59; STJCE de 19 de enero de 1999, *Donatella Calfa*, asunto C-348/96, apdo. 27.

⁹⁴⁵ En la sentencia en la que el TJCE hace referencia a este principio, hace mención al orden, la seguridad y la salud pública de conformidad con la Directiva 68/360 y la Directiva 73/148; si bien estas quedan derogadas por la Directiva 2004/38/CE; STJCE de 25 de julio de 2002, *MRAX*, asunto C-459/99, apdo. 1 parte dispositiva.

⁹⁴⁶ STJCE de 25 de julio de 2002, *MRAX*, asunto C-459/99, apdos. 78 y 79 y jurisprudencia citada.

de aquellos extranjeros que han pasado, si no toda, la mayor parte de su vida, en el país de acogida, así como si fueron criados y educados en este mismo país⁹⁴⁷.

A este respecto, el TEDH pone de relieve que varios EP han promulgado leyes o adoptado políticas tendentes a proteger a aquellos inmigrantes de larga residencia que hayan nacido en el EP, o que han pasado allí la primera parte de su infancia, con el fin de que no puedan ser expulsados por sus antecedentes penales. No obstante, este hecho no deriva en un derecho absoluto a no ser expulsado en virtud del art. 8 del CEDH⁹⁴⁸. Esta categoría de extranjeros tiene la consideración de “immigré établi”⁹⁴⁹, o más comúnmente conocidos como “inmigrantes de segunda generación”. Esta catalogación hace que se exijan razones muy graves para justificar la expulsión del extranjero que ha pasado legalmente toda o la mayor parte de su niñez y juventud en el EP de acogida⁹⁵⁰. De hecho, cuando el TEDH determina en estos casos que la expulsión no es contraria al CEDH, por lo general, acompañan a la sentencia votos disidentes⁹⁵¹.

Merecen ser citados dos casos en los que se ponen de manifiesto las interpretaciones opuestas que pueden surgir respecto a la determinación de la proporcionalidad de la medida de expulsión de un inmigrante de segunda generación de conformidad con el art. 8 del CEDH: *Kolonja c. Grecia*⁹⁵² y *Üner c. Países Bajos*⁹⁵³.

En *Kolonja c. Grecia* el demandante goza de un estatuto especial reconocido en Grecia para los ciudadanos albaneses de origen griego. El TEDH tiene en cuenta la relación de parentesco entre el demandante y su esposa e hijos; que el demandante comete un único delito grave en 1999 y que su comportamiento posterior sugiere, en opinión de los tribunales griegos, que no muestra una propensión a la delincuencia; la duración total de su estancia en Grecia –más de veinte años–; la nacionalidad griega de los miembros de su familia; la edad del segundo hijo del demandante, así como su interés y bienestar. Por todo ello, el TEDH entiende que la expulsión no responde a un justo equilibrio. Amén

⁹⁴⁷ STEDH de 18 de octubre de 2006, *Üner c. Países Bajos*, demanda n. 46410/99, pár. 58.

⁹⁴⁸ STEDH de 18 de octubre de 2006, *Üner c. Países Bajos*, demanda n. 46410/99, pár. 55.

⁹⁴⁹ STEDH de 19 de mayo de 2016, *Kolonja c. Grecia*, demanda n. 49441/12, pár. 50.

⁹⁵⁰ STEDH de 10 de abril de 2012, *Balogun c. Reino Unido*, demanda n. 60286/09, pár. 46; STEDH de 23 de junio de 2008, *Maslov c. Austria*, demanda n. 1638/03, pár. 75.

⁹⁵¹ En el caso *Benhebbba c. Francia*, los jueces Cabral Barreto y Kuris, manifestaron que el inmigrante de segunda generación, un “cuasi francés” no ostentaba más enlaces con su país de origen que la nacionalidad. Por lo tanto, dada la fortaleza de los vínculos con Francia, ni la conducta del solicitante ni la gravedad de los hechos –tráfico de estupefacientes– pueden justificar la expulsión. Más lejos fue el juez Martens en su opinión disidente en el asunto *Benhebbba c. Francia*. En ella, el juez planteaba aplicar la prohibición de expulsión de los inmigrantes de segunda generación al igual que el art. 3.1 del Protocolo n. 4 prohíbe la expulsión de nacionales.

⁹⁵² STEDH de 19 de mayo de 2016, *Kolonja c. Grecia*, demanda n. 49441/12.

⁹⁵³ STEDH de 18 de octubre de 2006, *Üner c. Países Bajos*, demanda n. 46410/99.

de que la prohibición perenne de entrada al territorio griego impuesta al solicitante no guarda proporción con los objetivos perseguidos (epígrafe 6.10). Por consiguiente la expulsión del demandante a Albania y la prohibición de por vida de regresar a Grecia vulneran el art. 8 del CEDH⁹⁵⁴.

En *Üner c. Países Bajos* el demandante, a causa de la comisión y consecuente condena por reiterados delitos penales es expulsado de los Países Bajos, país en el que se encuentra desde los doce años, a Turquía, su Estado de origen. Debido a que su pareja y sus dos hijos son nacionales holandeses y que el demandante ha pasado la mayor parte de su vida en Países Bajos, no cabe duda de que su expulsión puede constituir una injerencia en su vida privada y familiar. Si bien, el TEDH, debido a las cuestiones que estaban en juego, centra su análisis en el derecho a la vida familiar. A la hora de evaluar la proporcionalidad de la expulsión, sopesa una serie de circunstancias tales como el poco tiempo de convivencia del demandante junto a su pareja y su primer hijo; la falta total de convivencia con el segundo hijo (epígrafe 3)⁹⁵⁵; así como la existencia de lazos por parte del demandante con su Estado de origen. Todas estas circunstancias son objeto de evaluación junto con la gravedad de los delitos cometidos por el solicitante –homicidio y agresión–. Estas circunstancias le llevan a concluir que en este caso se alcanza un equilibrio justo, ya que la expulsión del demandante de los Países Bajos es proporcionada y necesaria en una sociedad democrática⁹⁵⁶.

Si se compara la jurisprudencia en *Kolonja c. Grecia* y *Üner c. Países Bajos*, cabe extraer la siguiente conclusión: la importancia que reviste la duración de la estancia del extranjero en el Estado de acogida es evidente, dado que cuanto mayor es el tiempo en el EP de acogida, mayores son los vínculos familiares y/o personales cultivados en este territorio. Por consiguiente, mayor es el grado de injerencia que supone la expulsión en el derecho a la vida privada y familiar del extranjero. Si bien, el pronunciamiento final viene dado por la lectura conjunta que se hace del resto de circunstancias relativas al caso.

La jurisprudencia citada en estos dos casos debe distinguirse de los supuestos relativos a los “settled migrants”. Se trata de los extranjeros a los que les ha sido concedido formalmente un derecho de residencia en el EP. En estas circunstancias, la posterior retirada de este derecho, por ejemplo, porque esa persona es condenada por un

⁹⁵⁴ STEDH de 19 de mayo de 2016, *Kolonja c. Grecia*, demanda n. 49441/12, párs. 57 y 58.

⁹⁵⁵ En cualquier caso, el TEDH no considera que la convivencia sea una condición *sine qua non* de la vida familiar entre padres e hijos menores de edad; STEDH de 21 de junio de 1988, *Berrehab c. Países Bajos*, demanda n. 10730/84, pág. 21.

⁹⁵⁶ STEDH de 18 de octubre de 2006, *Üner c. Países Bajos*, demanda n. 46410/99, párs 61 a 67.

delito, también puede constituir una injerencia en el derecho al respeto a la vida privada y/o familiar. En tales casos, se debe evaluar si se ha alcanzado un justo equilibrio entre los motivos que subyacen a la decisión de las autoridades de retirar el derecho de residencia y el respeto de los derechos reconocidos por el art. 8⁹⁵⁷.

En este sentido, aunque la larga duración de la estancia de un extranjero en el EP conduce a la existencia de un fuerte lazo social en este país, que el extranjero haya pasado su infancia en su Estado de origen, en ocasiones, puede indicar la existencia de vínculos sociales y culturales con su país de nacionalidad, lo que le permitiría reintegrarse en este país si es expulsado. En *Chair y J.B.*, aunque el demandante permanece en Alemania durante casi trece años, su situación no es comparable a la de un inmigrante de segunda generación, ya que el demandante se encuentra en el EP desde los veintisiete años: su infancia, juventud y primera parte de sus estudios universitarios los había llevado a cabo en Marruecos⁹⁵⁸. Por tanto, cuando queda probado que el extranjero ha pasado la mayor parte de su vida en el Estado de origen, se presume que conserva lazos sociales y/o familiares en este país, además de conocer el idioma. Por estos factores al TEDH le parece concebible su integración social y profesional en el Estado de origen⁹⁵⁹.

No obstante, en ocasiones determinar la duración de la estancia de un extranjero en un EP puede resultar complejo. Es frecuente que un nacional de un tercer Estado resida de manera irregular durante un tiempo en el EP de acogida, por lo que los Estados difícilmente pueden disponer de datos objetivos que respalden la alegación del extranjero en referencia a su tiempo de estadía en el EP⁹⁶⁰. En estos casos, se analizan los materiales aportados por el extranjero que acreditan la duración total de su estancia en el EP, incluido el tiempo residido de manera irregular. Esta circunstancia es especialmente importante a la hora de evaluar la duración de la estancia del extranjero en el EP, dado que el TEDH no atribuye el mismo peso, a la hora de valorar la proporcionalidad de la expulsión de conformidad con el art. 8 del CEDH, a la duración de una estancia regular que irregular. El mismo periodo de tiempo de permanencia de un extranjero en un EP tiene un peso

⁹⁵⁷ STEDH de 30 de junio de 2015, *A.S. c. Suiza*, demanda n. 39350/13, párr. 45; STEDH de 3 de octubre de 2014, *Jeunesse c. Países Bajos*, demanda n. 12738/10, párr. 104.

⁹⁵⁸ STEDH de 6 de diciembre de 2007, *Chair y J.B. c. Alemania*, demanda n. 69735/01, párr. 62.

⁹⁵⁹ En este sentido, STEDH de 15 de noviembre de 2012, *Kissiwá Koffi c. Suiza*, demanda n. 38005/07, párr. 69.

⁹⁶⁰ En este sentido, STEDH de 16 de octubre de 2014, *Adeishvili (Mazmishvili) c. Rusia*, demanda n. 43553/10, párr. 81; STEDH de 10 de abril de 2012, *Balogun c. Reino Unido*, demanda n. 60286/09, párr. 50. En este último caso, el TEDH considera que la coherencia del relato del demandante en cuanto a la edad a la que entra en el EP supera la falta de pruebas documentales de su presencia y, por lo tanto, acepta el tiempo de estadía en Reino Unido alegado por el demandante.

mayor para sus derechos si durante el tiempo vivido en el EP lo ha hecho con un permiso de residencia válido, que si ha permanecido en ese Estado de manera administrativamente irregular⁹⁶¹.

Asimismo, si un EP tolera la presencia de un extranjero en su territorio –ya sea mientras espera la tramitación de una solicitud para un permiso de residencia, un recurso contra tal decisión, o una nueva solicitud del permiso de residencia–, de algún modo ese Estado está permitiendo al extranjero formar parte de la sociedad del país, así como crear relaciones interpersonales o una familia. No obstante, ello no implica que las autoridades de ese Estado estén obligadas, en virtud del art. 8 del CEDH, a permitir que el extranjero se instale en su país. En general, las personas en esa situación no tienen derecho a esperar que se les conceda un derecho de residencia⁹⁶². Este criterio es extrapolable a los casos de solicitantes de asilo cuya presencia en el territorio de un EP es tolerada por las autoridades nacionales competentes o aceptadas en cumplimiento de sus obligaciones internacionales (Capítulo VII.2.2.)⁹⁶³. Por tanto, las personas que se encuentran bajo esta situación no pueden esperar que el EP, debido a la creación de lazos familiares o personales durante el tiempo de tramitación de sus peticiones ante las autoridades administrativas del EP, les expida un permiso de residencia.

En el DUE, el considerando 23 de la Directiva de libre circulación y residencia establece un régimen de protección frente a la expulsión basado en el grado de integración. Mientras mayor es el tiempo que los ciudadanos de la UE y los miembros extranjeros de sus familias se encuentran en el EM de acogida, mayor debe ser su protección frente a la expulsión⁹⁶⁴. Si bien, al igual que sucede en la jurisprudencia del

⁹⁶¹ STEDH de 25 de marzo de 2014, *Palanci c. Suiza*, demanda n. 2607/08, pár. 59. El TC español, generalmente, también desarrolla una jurisprudencia tendente a considerar que la situación administrativa irregular en España, unida a la indocumentación y, por consiguiente, al desconocimiento de por dónde y cuando entró el extranjero en el Estado, acredita la proporcionalidad de la medida de expulsión; STS 4158/2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), recurso n. 8969/2003, de 14 de junio de 2007; STS 2136/2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), recurso n. 788/2004, de 29 de marzo de 2007; STS 1355/2007 Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), recurso n. 8772/2003, de 28 de febrero de 2007.

⁹⁶² STEDH de 8 de diciembre de 2015, *Z.H. y R.H. c. Suiza*, demanda n. 60119/12, pár. 38; STEDH de 3 de octubre de 2014, *Jeunesse c. Países Bajos*, demanda n. 12738/10, pár. 44.

⁹⁶³ STEDH de 8 de diciembre de 2015, *Z.H. y R.H. c. Suiza*, demanda n. 60119/12, pár. 38; STEDH de 30 de junio de 2015, *A.S. c. Suiza*, demanda n. 39350/13, pár. 49. En todo caso, dado que la situación fáctica y jurídica de un extranjero establecido en un EP y la de un extranjero que solicita admisión, ya sea o no como solicitante de asilo, es la misma, los criterios desarrollados en la jurisprudencia del TEDH para evaluar si la retirada de un permiso de residencia de un extranjero es compatible con el art. 8, no pueden transponerse automáticamente a la situación de un solicitante de asilo. De modo que, en estos casos, es necesario realizar un análisis de todas las circunstancias del caso en conjunto.

⁹⁶⁴ STJUE de 13 de septiembre de 2016, *Rendón Marín*, asunto C-165/14, apdo. 56; STJUE de 23 de noviembre de 2010, *Tsakouridis*, asunto C-145/09, apdos. 24 y 25.

TEDH, la anterior premisa puede verse limitada por razones de orden público y seguridad pública, tal y como establece el art. 27.1 de la citada Directiva 2004/38/CE. Precisamente, debido a la excepción que la reserva de orden público supone al derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias, este límite debe ser objeto de una restrictiva interpretación, y su alcance no puede ser delimitado por los EM de forma unilateral⁹⁶⁵.

Por último cabe poner de relieve que el art. 12 de la Directiva 2003/109/CE⁹⁶⁶ relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, establece que los EM únicamente podrán adoptar una decisión de expulsión contra un extranjero, residente de larga duración, cuando este represente una amenaza para el orden y la seguridad pública. Además, deben tomarse en consideración elementos tales como la duración de residencia en el territorio; la edad del implicado; las consecuencias que la expulsión acarrearía tanto al implicado como a los miembros de su familia; así como los vínculos con el EM y el Estado de origen⁹⁶⁷. En definitiva, esta Directiva recoge los mismos elementos de los que hace uso el TEDH en su jurisprudencia para evaluar la proporcionalidad de la medida. Hasta la fecha el TJUE no ha desarrollado y concretado estos elementos.

6.3. El tiempo transcurrido desde que se comete el delito y la conducta posterior del extranjero

Tras la comisión de un delito por parte de un extranjero, se deben evaluar una serie de factores que sirven para determinar si el extranjero objeto de expulsión contribuye o no al desorden público o participa en actividades delictivas; lo que permite valorar el grado de amenaza real y presente que el extranjero representa para el EP de acogida. En *Boultif* el TEDH adopta un enfoque basado en la evaluación de la conducta que demuestra

⁹⁶⁵ STJUE de 13 de septiembre de 2016, *Rendón Marín*, asunto C-165/14, apdo. 58.

⁹⁶⁶ Directiva 2003/109/CE del Consejo de 25 de noviembre de 2003 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (*DOCE* L 16/44, de 23 de enero de 2004). Sobre esta norma véase en la doctrina, CRESPO NAVARRO, E., “La Directiva 2003/109/CE del Consejo relativa al estatuto de los nacionales de terceros estados residentes de larga duración y la normativa española en la materia”, *RDCE*, n. 18, 2004, 531-552. A este respecto, en la STS 3149/2005 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), recurso n. 819/2004, de 17 de mayo de 2005 y STS 4932/2004 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), recurso n. 7/2004, de 8 de julio de 2004, el TS argumenta sobre la necesidad de realizar una lectura en clave constitucional del art. 89 del Código Penal que aplique los criterios recogidos por el TEDH y demás tratados suscritos por España en la materia con el fin de incluir un estudio de las circunstancias concretas del penado; entre estas circunstancias el Tribunal hace referencia al arraigo en España y la situación laboral y familiar.

⁹⁶⁷ Art. 12 de la Directiva 2003/109/CE. Véase la aplicación de estos criterios en la jurisprudencia interna española en la STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 10ª), recurso n. 112/2015 de 18 de junio de 2015.

el extranjero con posterioridad a la comisión del delito. El que haya transcurrido un periodo de tiempo significativo de buena conducta después de la comisión del delito tiene un cierto impacto en la evaluación del riesgo que el demandante plantea para la sociedad de ese Estado⁹⁶⁸.

El lapso de tiempo desde que se cometen los delitos, es tenido muy en consideración por el tribunal de Estrasburgo en la evaluación de proporcionalidad de la expulsión. En esta línea, parece existir una relación inversamente proporcional con respecto al periodo de tiempo comprendido entre la comisión del delito y el momento de la expulsión; esto es, con el paso del tiempo, la relevancia de los actos disminuye por lo que se requiere una justificación mayor por parte del EP para que pueda invocarlos como motivo que justifica la expulsión⁹⁶⁹. De la jurisprudencia del TEDH se desprende que este criterio general únicamente se aplica en delitos que no revisten gravedad, o no forman parte de un patrón delictivo que pueda poner en jaque de manera notoria los intereses estatales. Por esta razón, la naturaleza o la gravedad del delito se erige como la causa principal que justifica la expulsión en menoscabo del derecho a la vida privada y familiar.

A estos efectos, debe evaluarse la conducta del demandante durante el intervalo de tiempo transcurrido entre la comisión de su último delito y la ejecución de su expulsión, y no el ínterin entre el último delito cometido por el extranjero y la decisión final por la que se ordena su expulsión⁹⁷⁰. Cualquier otro enfoque puede provocar que la protección del CEDH sea teórica e ilusoria, al permitir que los EP puedan expulsar a los demandantes meses o años después de dictarse una orden definitiva de expulsión, sin tener en cuenta la evolución posterior y, por tanto, la proporcionalidad de la expulsión en el momento de ejecutarla⁹⁷¹.

Este razonamiento es coherente con la jurisprudencia del TEDH relativa al art. 3 del CEDH, en la que se defiende que la existencia del riesgo al que se enfrenta el demandante en caso de expulsión debe ser evaluada a la luz de los hechos que el EP conocía o debería conocer en el momento de su expulsión (Capítulo III.3.2.2.). Asimismo, el TJUE mantiene su oposición a una medida estatal según la cual los tribunales nacionales no puedan tomar en consideración, a la hora de revisar la legalidad de la expulsión de un

⁹⁶⁸ STEDH de 2 de agosto de 2001, *Boultif c. Suiza*, demanda n. 54273/00, párr. 48; STEDH de 12 de enero de 2010, *A.W. Khan c. Reino Unido*, demanda n. 47486/06, párr. 41.

⁹⁶⁹ STEDH de 26 de junio de 2014, *Gablishvili c. Rusia*, demanda n. 39428/12, párr. 56.

⁹⁷⁰ STEDH de 20 de septiembre de 2011, *A.A. c. Reino Unido*, demanda n. 8000/08, párr. 67; STEDH de 23 de junio de 2008, *Maslov c. Austria*, demanda n. 1638/03, párr. 93.

⁹⁷¹ STEDH de 20 de septiembre de 2011, *A.A. c. Reino Unido*, demanda n. 8000/08, párr. 67.

extranjero, cuestiones de hecho que han ocurrido después de la decisión final de las autoridades competentes⁹⁷².

En los asuntos en los que la expulsión obedece a la comisión de un delito penal, junto con la naturaleza y la gravedad del delito cometido por el extranjero, el riesgo de reincidencia es un factor que justifica el interés del Estado por expulsar al extranjero⁹⁷³. El TEDH al mismo tiempo que acepta que el tiempo transcurrido entre la comisión del delito y la expulsión del extranjero puede ser favorable a este último si no hay reincidencia penal, también considera que el comportamiento del extranjero durante ese periodo –si ha comenzado a cursar estudios, si se ha insertado en el mercado laboral, etc.–, debe ser igualmente evaluado a los efectos de determinar la gravedad delictiva de su conducta⁹⁷⁴.

Por su parte, para el TJUE las acciones tendentes a la no admisión o expulsión de extranjeros deben basarse en la conducta individual del extranjero, así como en la evaluación de si el interesado representa una amenaza verdadera y actual, lo suficientemente grave para el orden, la seguridad o la salud pública⁹⁷⁵. En consecuencia, el TJUE:

[...] se opone a una práctica nacional conforme a la cual se considera que los órganos jurisdiccionales nacionales, al examinar la legalidad de la expulsión de un ciudadano de otro Estado miembro, no tienen que tener en cuenta los hechos posteriores a la última resolución de las autoridades competentes que puedan implicar la desaparición o una considerable disminución de la amenaza que constituiría, para el orden público, el comportamiento de la persona de que se trate. Tal es el caso, sobre todo, cuando ha transcurrido un prolongado lapso de tiempo entre la fecha de la resolución de expulsión, por una parte, y la del examen de dicha resolución por el órgano jurisdiccional competente, por otra⁹⁷⁶.

⁹⁷² STJCE de 29 de abril de 2004, *Orfanopoulos y Oliveri*, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01.

⁹⁷³ En este sentido, STEDH de 6 de diciembre de 2007, *Chair y J.B. c. Alemania*, demanda n. 69735/01, párr. 67.

⁹⁷⁴ En este sentido véase STEDH de 1 de junio de 2017, *Külekcı c. Austria*, demanda n. 30441/09, párr. 48.

⁹⁷⁵ Véase, STJUE de 18 de diciembre de 2014, *McCarthy y otros*, asunto C-202/13, apdo. 46; STJCE de 25 de julio de 2008, *Metock y otros*, asunto C-127/08, apdo. 74. La preceptiva individualización del riesgo deriva de la inadmisibilidad de las justificaciones que no guardan relación directa con el caso en concreto y/o que se amparan en razones de prevención genérica; STJUE de 17 de noviembre de 2011, *Petar Aladzhov*, asunto C-434/10, apdo. 42; STJCE de 10 de julio de 2008, *Gheorghe Jipa*, asunto C-33/07, apdo. 24.

⁹⁷⁶ STJCE de 29 de abril de 2004, *Orfanopoulos y Oliveri*, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01, apdo. 3 parte dispositiva.

La expulsión, en principio, responde a una previsión sin límite temporal. Por lo que mientras que la misma no sea ejecutada, la evolución de los hechos reviste una gran importancia práctica⁹⁷⁷.

6.4. Las nacionalidades de las diversas personas afectadas por la expulsión

Como ha sido señalado (epígrafe 3), la consideración de la vida familiar es evaluada en relación al “núcleo central” de la familia del extranjero objeto de expulsión –cónyuges e hijos menores, con carácter general–. En este sentido, se hace necesario tener en cuenta la nacionalidad de los miembros de la familia con el fin de evaluar el grado de injerencia que la expulsión provocaría. Si el cónyuge y los hijos menores son nacionales del EP, se puede deducir que estos han pasado la mayor parte de sus vidas en este país. Aunque es necesario evaluar si las personas afectadas conocen la lengua del Estado de destino, además de otros factores, no hay duda de que su traslado a un tercer Estado puede provocar una perturbación en sus vidas. La situación se resiente aún más cuando los menores no tienen una edad lo suficientemente joven o “adaptable”, como para poder acomodarse a un nuevo entorno cultural y académico⁹⁷⁸.

Por su parte, que el cónyuge del extranjero objeto de expulsión tenga una nacionalidad distinta a la del EP de acogida, distingue este supuesto de otros en los que el cónyuge del extranjero objeto de expulsión tiene únicamente la nacionalidad del Estado expulsor⁹⁷⁹. En este último caso, se presume que la pareja no tiene grandes dificultades para establecer una vida familiar en el Estado de origen del sujeto expulsado, por lo que su derecho a la vida familiar no se ve gravemente afectado por la expulsión.

En el ámbito del DUE, la nacionalidad de los familiares, ciudadano de la UE, afectados por la expulsión constituye un factor fundamental a la hora de evaluar el derecho de estancia y residencia de los nacionales de terceros Estados, conforme a la Directiva 2004/38/CE. Dicha norma exige que, para que los extranjeros puedan beneficiarse del derecho de residencia permanente en algún Estado europeo así como de

⁹⁷⁷ Conclusiones de la AG Christine Stix-Hackl, presentadas el 11 de septiembre de 2003, *Orfanopoulos y Oliveri*, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01, pár. 137.

⁹⁷⁸ STEDH de 7 de marzo de 2017, *Kamenov c. Rusia*, demanda n. 17570/15, pár. 40. A sensu contrario, en *Adeishvili (Mazmishvili) c. Rusia*, el Tribunal considera que se puede suponer razonablemente que las hijas menores del demandante podrían realizar una transición a la cultura y sociedad del Estado de destino, pese a no obviar las dificultades económicas que dicho traslado conllevaría; STEDH de 16 de octubre de 2014, *Adeishvili (Mazmishvili) c. Rusia*, demanda n. 43553/10, pár. 83.

⁹⁷⁹ STEDH de 26 de noviembre de 2013, *Vasquez c. Suiza*, demanda n. 1785/08, pár. 49, y STEDH de 18 de octubre de 2006, *Üner c. Países Bajos*, demanda n. 46410/99, pár. 53.

la libre circulación por los EM, deben acompañar o reunirse con un miembro de la familia que tenga la nacionalidad de un EM⁹⁸⁰. En *Ruiz Zambrano*⁹⁸¹ está en juego la aplicación de los derechos y las limitaciones derivadas de la Directiva 2004/38/CE en relación a la vida privada y familiar de los extranjeros en el ámbito de la UE. El Sr. *Ruiz Zambrano* y su esposa, ambos nacionales de Colombia, solicitan asilo en Bélgica dada la situación de guerra civil en su Estado de origen. Esta solicitud es rechazada y va acompañada de una orden de expulsión. Mientras el matrimonio reside en Bélgica, a la espera de la resolución de su solicitud de regularización de estancia, el matrimonio tiene dos hijos que adquieren la nacionalidad belga. En estas circunstancias, y considerando que la denegación del permiso de residencia aboca a los menores a acompañar a sus progenitores hasta el Estado de destino, el TJUE afirma que:

“El artículo 20 del TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro, por un lado, deniegue a un nacional de un Estado tercero, que asume la manutención de sus hijos de corta edad, ciudadanos de la Unión, la residencia en el Estado miembro de residencia de éstos, del cual son nacionales, y, por otro, deniegue a dicho nacional de un Estado tercero un permiso de trabajo, en la medida en que tales decisiones privarían a dichos menores del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión”⁹⁸².

Con anterioridad a este pronunciamiento, y aplicado a otros contextos, la invocación de los derechos del Tratado con ocasión de la obstaculización a una ciudadano de la UE de su capacidad de circular dentro de la UE ya era una jurisprudencia consolidada del TJCE⁹⁸³. No obstante, el ejercicio de los derechos inherentes al estatuto de ciudadanía no

⁹⁸⁰ Véase el considerando 5, el art. 1 y el art. 2, apdo. 1 de la Directiva 2004/38/CE.

⁹⁸¹ Véanse comentarios a esta sentencia en LENAERTS, K. y GUTIÉRREZ FONS, J.A., “Ruiz-Zambrano (C-34/09) o de la emancipación de la Ciudadanía de la Unión de los límites inherentes a la libre circulación”, *REDE*, n. 40, 2011, 493-521; VAN EIJKEN, H., DE VRIES, S., “A New Route into the Promised Land? Being a European Citizen after Ruiz Zambrano”, *ELR*, n. 5, 2011, 704-721; IGLESIAS SÁNCHEZ, S., “El asunto Ruiz Zambrano: una nueva aproximación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la ciudadanía de la Unión”, *RGDE*, n. 24, 2011, 1-22; ABARCA JUNCO, A.P. y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., “El estatuto de ciudadano de la Unión y su posible incidencia en el ámbito de aplicación del Derecho Comunitario (Stjue Ruiz Zambrano)”, *REEI*, n. 23, 2012, 1-23.

⁹⁸² STJUE de 8 de marzo de 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, parte dispositiva. Con anterioridad a este pronunciamiento, el TJUE ya había reconocido que: “cuando los hijos disfrutaban del derecho a residir en un Estado miembro de acogida [el DUE] permite al progenitor que tenga efectivamente la custodia de dichos hijos, con independencia de su nacionalidad, residir con ellos de forma que se facilite el ejercicio de ese derecho”; STJCE de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast y R.*, C-413/99, apdo. 75.

⁹⁸³ Véase, *mutatis mutandis*, STJCE de 17 de julio de 2008, *Comisión de las Comunidades Europeas c. República Francesa*, asunto C-389/05, apdo. 56; STJCE de 26 de mayo de 2005, *José Allard*, asunto C-249/04, apdo. 32; STJCE de 14 de octubre de 2004, *Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de los Países Bajos*, asunto C-299/02, apdo. 15.

conlleve que los ascendientes de un ciudadano de la UE tengan un derecho automático de residencia⁹⁸⁴. Si bien, en determinadas ocasiones, puede existir una interferencia en el disfrute de los derechos de ciudadanía que no puede ser admisible debido a su carácter desproporcionado⁹⁸⁵. En este tema, la clave de bóveda se sitúa en la relación de dependencia entre el ciudadano de la UE menor de edad y el extranjero al que se le deniega el derecho de residencia. Si existe un alto nivel de dependencia entre ambos, la denegación de entrada y residencia al extranjero puede conllevar que el ciudadano de la UE se vea prácticamente obligado a abandonar el EM e incluso la UE⁹⁸⁶.

En relación al grado de dependencia, por ejemplo, el hecho de que el progenitor de un ciudadano de la Unión menor de edad asuma por sí solo el cuidado de este, no constituye un elemento, en sí mismo, suficiente que permita demostrar la hipotética relación de dependencia entre el menor y el progenitor extranjero. Por consiguiente, este hecho, de forma aislada, no permite afirmar que, en caso de denegarse la entrada y residencia al progenitor extranjero, el menor ciudadano de la UE se vería compelido a abandonar el territorio de la Unión. Es el conjunto de circunstancias del caso concreto y, en especial, la edad del menor, su desarrollo físico y emocional, la relación con uno y otro progenitor y el riesgo de separación del progenitor extranjero; el que determina la relación de dependencia a estos efectos⁹⁸⁷. Se trata de preservar así el estatuto de ciudadano de la

⁹⁸⁴ Como mantiene el TJUE: “el solo hecho de que a un nacional de un Estado miembro le pueda parecer deseable, por razones de orden económico o para mantener la unidad familiar en el territorio de la Unión, que miembros de su familia, que no tienen la nacionalidad de un Estado miembro, puedan residir con él en el territorio de la Unión no basta por sí mismo para considerar que el ciudadano de la Unión se vería obligado a abandonar el territorio de la Unión si ese derecho no fuera concedido”, STJUE de 15 de noviembre de 2011, *Dereci y otros*, asunto C-256/11, apdo. 68.

⁹⁸⁵ Véanse las conclusiones de la AG Eleanor Sharpston, presentadas el 30 de septiembre de 2010, *Ruiz Zambrano*, asunto C-34/09, pár. 108. En el caso *Ruiz Zambrano*, el TJUE estima que, de denegarse el permiso de residencia al Sr. Ruiz Zambrano, los dos menores, ciudadanos belgas, se verían compelidos a acompañar a sus progenitores debido a su minoría de edad y a que su progenitor es fuente de sustento de ambos. A este respecto, con anterioridad a esta causa, el TJUE ya había sostenido que, si bien la cuestión de la nacionalidad es competencia de cada EM, estos deben respetar el DUE a la hora de llevar a cabo dicha competencia; STJUE de 2 de marzo de 2010, *Rottmann*, asunto C-135/08, apdos. 41 y 42. De hecho, la doctrina sostiene que en el asunto *Rottmann* el TJUE asentó las bases para su posterior pronunciamiento en *Ruiz Zambrano*; LENAERTS, K., “The concept of EU citizenship in the case law of the European Court of Justice”, *ERA Forum*, vol. 13, issue, 4, 2012, 569-583, p. 575.

⁹⁸⁶ STJUE de 6 de diciembre de 2012, *O. y S.*, asuntos acumulados C-356/11 y C-357/11, apdo. 56. Por ejemplo, en el asunto *McCarthy* no considera que la denegación de entrada y residencia del esposo de la Sra. McCarthy le impidieran disfrutar de sus derechos como ciudadana de la UE; STJUE de 5 de mayo de 2011, *McCarthy*, asunto C-434/09. En este sentido, STJUE de 10 de octubre de 2013, *Aloka y Moudoulou*, asunto C-86/12; STJUE de 8 de noviembre de 2012, *Ida*, asunto C-40/11; STJUE de 15 de noviembre de 2011, *Dereci y otros*, asunto C-256/11.

⁹⁸⁷ STJUE de 10 de mayo de 2017, *Chávez-Vilchez y otros*, asunto C-133/15, apdo. 72. Véase un comentario acerca de esta sentencia en DI COMITE, V., “Derecho de residencia de los progenitores nacionales de terceros Estados e interés superior del niño «europeo». Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 10 de mayo de 2017 en el asunto *Chávez-Vilchez*”, *RDCE*, n. 58, 2017, 1041-1058; SARMIENTO, D., “El retorno de la ciudadanía de la Unión. Comentario a la sentencia *Chávez - Vilchez*

Unión y los derechos que dicho estatuto confiere. De modo que son los EM a quienes les compete determinar si la expulsión o la denegación de un permiso de residencia a un miembro de la familia extranjero del ciudadano europeo, puede privar a este del disfrute de los derechos inherentes a su estatuto.

No obstante, para el TJUE el respeto a la vida familiar resulta, en sí mismo, insuficiente para atraer hacia el ámbito de aplicación del DUE el supuesto en el que un ciudadano europeo no ha ejercido su derecho a la libre circulación y/o no se ve privado del disfrute de los derechos recogidos en el art. 20 del TFUE⁹⁸⁸. Como se ha señalado, los eventuales derechos que el DUE reconoce en cuestiones relativas a la ciudadanía de la Unión, “son derechos derivados del ejercicio de la libertad de circulación por parte de un ciudadano de la Unión”⁹⁸⁹. Empero, en el supuesto-tipo en el que los ciudadanos de la UE

(C-133/15) del Tribunal de Justicia”, *REDE*, n. 63, 2017, 163-173. Esta jurisprudencia es aplicada por primera vez por el TC en la STC 186/2013, de 4 de noviembre (*BOE* n. 290, de 4 de diciembre de 2013) trasladando la aplicación que hace el TJUE del art. 20 del TFUE, al art. 19 de la CE. No obstante, en este caso, la madre de la menor española no tiene atribuida la tutela de esta última, habiendo sido asumida la guarda y custodia, así como la manutención por sus abuelas. Por consiguiente, el TC entiende que la expulsión de la madre no obliga a la menor a seguirla hasta el Estado de origen, por lo que puede seguir disfrutando sus derechos como ciudadana española en el sentido del art. 19 de la CE. Para un comentario más extenso de este pronunciamiento, véase, GARCÍA ANDRADE, P., “Jurisprudencia española en materia de Derecho internacional público — Comentarios de sentencias — La expulsión de progenitores extranjeros de menores de nacionalidad española: libertad de circulación y residencia y protección de la vida familiar: Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) 186/2013, de 4 de noviembre”, *REDI*, vol. 66, n. 1, 2014, 201-207.

⁹⁸⁸ STJUE de 5 de mayo de 2011, *McCarthy*, asunto C-434/09, parte dispositiva; STJUE de 15 de noviembre de 2011, *Dereci y otros*, asunto C-256/11, apdo. 1 parte dispositiva. En este sentido, el TJUE declara que un menor ciudadano de la UE puede invocar sus derechos a la libre circulación y residencia garantizados por el DUE, por lo que los derechos garantizados por los Tratados y el derecho derivado en materia de libre circulación no pueden hallarse supeditados a la edad del interesado; STJCE de 19 de octubre de 2004, *Zhu y Chen*, asunto C-200/02, apdo. 20. Asimismo, el requisito de haber ejercido el derecho a la libre circulación para ser considerado beneficiario de los derechos derivados de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros queda recogido en el art. 3.1 de esta norma. Cuando el ciudadano europeo no cumple este requisito sus familiares extranjeros no pueden gozar del derecho de reunificación familiar. En este caso el TJUE no se opone a que un EM deniegue a un extranjero la residencia en su territorio, ya que, “las disposiciones de la Carta en virtud de su artículo 51, apdo. 1, se dirigen a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. En virtud del apdo. 2 de ese mismo artículo, la Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados. Por esta razón, el Tribunal de Justicia debe interpretar, a la luz de la Carta, el Derecho de la Unión dentro de los límites de las competencias atribuidas a ésta”; STJUE de 8 de mayo de 2013, *Ymeraga y Ymeraga-Tafarshiku*, asunto C-87/12, apdo. 40; STJUE de 8 de noviembre de 2012, *Iida*, asunto C-40/11, apdo. 78; STJUE de 15 de noviembre de 2011, *Dereci y otros*, asunto C-256/11, apdo. 71.

⁹⁸⁹ La justificación de este derecho derivado se sustenta en la consideración de que, su no reconocimiento, puede suponer un menoscabo en la libertad de circulación del ciudadano de la Unión; STJUE de 10 de mayo de 2017, *Chávez-Vilchez y otros*, asunto C-133/15, apdo. 62; STJUE de 18 de diciembre de 2014, *McCarthy y otros*, asunto C-202/13, apdo. 34; STJUE de 12 de marzo de 2014, *O. y B.*, asunto C-456/12, apdo. 36; STJUE de 8 de mayo de 2013, *Ymeraga y Ymeraga-Tafarshiku*, asunto C-87/12, apdo. 35. Como se ha señalado, la previsión en la jurisprudencia del TJUE de formas de “residencia derivadas” evidencia la existencia de regímenes que condicionan la entrada y permanencia de familiares de ciudadanos europeos,

en cuestión son menores que nunca han ejercido su derecho a la libre circulación, no es de aplicación la Directiva 2004/38/CE sobre libre circulación al no ser beneficiarios de la misma⁹⁹⁰. Como se ha visto a la luz del caso *Ruiz Zambrano*, los derechos de entrada y residencia de los familiares extranjeros se encuentran ligados al art. 20 del TFUE, pudiendo invocar frente al EM de su nacionalidad los derechos derivados del estatuto de ciudadanía⁹⁹¹.

En definitiva, el TJUE reconoce dos tipos de autorización de entrada y residencia a los nacionales de terceros Estados, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, en el sentido del art. 2.2 de la Directiva 2004/38/CE⁹⁹², en un EM distinto al de la nacionalidad del ciudadano de la UE⁹⁹³. Con el primer tipo de autorización se reconoce el derecho de entrada de los extranjeros conforme a la Directiva 2004/38/CE, concedido una vez que el ciudadano de la UE, familiar de los extranjeros que solicitan el permiso, ha ejercido el previo o simultáneo derecho de libertad de circulación, avalado por la prohibición de establecer obstáculos al ejercicio de su derecho. El segundo tipo de autorización deriva del efecto útil del art. 20 del TFUE, el cual conlleva que a un

sin la necesidad de una vinculación directa a la reagrupación; RODRÍGUEZ MATEOS, P., JIMÉNEZ BLANCO, P. y ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE*, Aranzadi, Navarra, 2017, p. 291.

⁹⁹⁰ La Directiva de libre circulación no incluye como “beneficiario”, en el sentido del art. 3.1, a un ciudadano de la Unión que no ha ejercido su derecho a la libre circulación; por consiguiente, un miembro de su familia tampoco estaría incluida en ese concepto, ya que: “los derechos conferidos por esa Directiva a los miembros de la familia de un beneficiario de ésta no son derechos propios de esos miembros sino derechos derivados, adquiridos en su condición de miembros de la familia del beneficiario”; STJUE de 13 de septiembre de 2016, CS, asunto C-304/14, apdo. 22.

⁹⁹¹ Una aplicación del DUE en este sentido obedece a la vocación a la que aspira el estatuto de ciudadano de la Unión, que no es otra que convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los EM; STJUE de 8 de marzo de 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, apdo. 41; STJCE de 20 de septiembre de 2001, *Grzelczyk*, asunto C-184/99, apdo. 31.

⁹⁹² A tenor de esta disposición, tendrán la consideración de miembro de la familia: “a) el cónyuge; b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida; c) los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b); d) los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b)”.

⁹⁹³ En relación a la frase “EM distinto al de la nacionalidad del ciudadano de la UE”, cabe aclarar que el TJUE ha afirmado que: “de una interpretación literal, sistemática y teleológica de las disposiciones de la Directiva 2004/38/CE resulta que estas no pueden dar soporte a un derecho de residencia derivado en favor de los nacionales de terceros Estados, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, en el Estado miembro del que éste es nacional”; STJUE de 12 de marzo de 2014, *O. y B.*, asunto C-456/12, apdo. 36; STJUE de 8 de mayo de 2013, *Ymeraga y Ymeraga-Tafarshiku*, asunto C-87/12, apdo. 37. En este sentido, STJUE de 14 de noviembre de 2017, *Lounes*, asunto C-165/16, apdo. 33; STJUE de 10 de mayo de 2017, *Chávez-Vilchez y otros*, asunto C-133/15, apdo. 53.

ciudadano de un EM no se le impida hacer uso de los derechos que el estatuto de ciudadano de la Unión le ofrece⁹⁹⁴.

Si bien, se debe advertir que la existencia de cualquier base legal, como las establecidas en la Directiva de reagrupación y en la Directiva relativa a la libre circulación y residencia que permite denegar un permiso de residencia a un extranjero, lo que puede interferir en el respeto de su vida privada y familiar, no exime al Estado del respeto del art. 8 del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH sobre este último precepto⁹⁹⁵.

6.5. La situación familiar del extranjero objeto de expulsión, la duración del matrimonio y otros factores que evidencian la efectiva y genuina vida familiar

La noción de familia, en virtud del art. 8 del CEDH, no se limita a las relaciones basadas en el matrimonio y puede abarcar otras clases de "familia", donde las partes viven juntas fuera del matrimonio; esto es, las relaciones de hecho⁹⁹⁶. A la hora de decidir si una relación se enmarca en la vida familiar, es necesario atender a una serie de factores que pueden ser relevantes tales como: si la pareja convive; la duración de la relación; así como si han demostrado un compromiso mutuo para tener hijos juntos⁹⁹⁷.

En *Chair y J.B.*, el demandante y su esposa habían estado casados desde 1997. Sin embargo, la relación de los cónyuges se había visto considerablemente afectada debido a la condena penal impuesta al demandante. En consecuencia, cuando la orden de expulsión se convierte, en definitiva, no está claro si la esposa del demandante continuaría o no con la relación marital. Esta circunstancia, unida a la naturaleza y gravedad del delito, constituyen factores que otorgan un mayor peso a los intereses estatales, lo que conlleva que el TEDH concluya que no existe una vulneración del art. 8 del CEDH⁹⁹⁸.

⁹⁹⁴ A este respecto, GASTALDI, S., *Citoyenneté de l'Union et libre circulation: du critère économique au statut unique*, Helbing Lichtenhahn, Paris, 2013, p. 127.

⁹⁹⁵ Como afirma el TEDH: "the Court observes that the possible existence of a legal basis justifying the refusal to grant the residence permit does not necessarily mean that there has not been an interference with the right to respect for the applicants' private and family life. Nor does that legal basis absolve the respondent State from responsibility under the Convention"; STEDH de 30 de junio de 2016, *Taddeucci y McCall c. Italia*, demanda n. 51362/09, pár. 60.

⁹⁹⁶ STEDH de 27 de septiembre de 2011, *Alim c. Rusia*, demanda n. 39417/07, pár. 69. En otro contexto, véase, STEDH de 22 de marzo de 2012, *Ahrens c. Alemania*, demanda n. 45071/09, pár. 58; STEDH de 21 de diciembre de 2010, *Anayo c. Alemania*, demanda n. 20578/07, pár. 55.

⁹⁹⁷ STEDH de 20 de junio de 2002, *Al-Nashif c. Bulgaria*, demanda n. 50963/99, pár. 112.

⁹⁹⁸ STEDH de 6 de diciembre de 2007, *Chair y J.B. c. Alemania*, demanda n. 69735/01, párs. 64 y 67.

6.6. El conocimiento del cónyuge acerca del delito cometido por el extranjero objeto de expulsión en el momento en el que se comienza a desarrollar una relación familiar

Para el TEDH es importante que los cónyuges tengan conocimiento de los delitos penales llevados a cabo por sus parejas, a los efectos de valorar si los consortes podían prever el riesgo de una eventual expulsión y, por consiguiente, la ruptura de lazos familiares⁹⁹⁹.

Si el motivo de la expulsión es la estancia irregular del extranjero, es necesario determinar si la vida familiar se ha desarrollado durante un periodo de tiempo en el que, tanto el cónyuge como el extranjero objeto de expulsión, tienen conocimiento de la irregularidad de su estatus migratorio¹⁰⁰⁰. En *Ndidi c. Reino Unido*, se considera significativo que el extranjero objeto de expulsión no le revelara su estatus migratorio a su pareja hasta el momento en el que esta queda embarazada¹⁰⁰¹. Por tanto, el TEDH decide que no existe una vulneración del art. 8 del CEDH.

En determinados casos puede suceder que la vida familiar se origine en un momento en el que las personas involucradas son conscientes, desde el principio, de que la situación migratoria de uno de ellos y su posible expulsión puede llevar consigo la ruptura de la unidad familiar. Por lo general, en estos casos, el TEDH afirma que la expulsión del miembro de la familia cuya estancia en el EP es irregular no supone una violación del art. 8 del CEDH¹⁰⁰².

⁹⁹⁹ En este sentido, STEDH de 2 de junio de 2015, *K.M. c. Suiza*, demanda n. 6009/10, pár. 57. En *A.W. Khan c. Reino Unido*, el TEDH no atribuye un peso decisivo a la relación familiar del solicitante debido que, a pesar de que la novia del demandante se encontraba en estado de gestación, la relación entre ambos comienza mientras el solicitante cumplía su pena de prisión. Por consiguiente, su pareja es plenamente consciente de sus antecedentes penales al comienzo de la relación; STEDH de 12 de enero de 2010, *A.W. Khan c. Reino Unido*, demanda n. 47486/06, párs. 46 y 47.

¹⁰⁰⁰ STEDH de 27 de septiembre de 2011, *Alim c. Rusia*, demanda n. 39417/07, pár. 82; STEDH de 31 de julio de 2008, *Darren Omoregie y otros c. Noruega*, demanda n. 265/07, pár. 57. *Mutatis mutandis*, STEDH de 16 de octubre de 2014, *Adeishvili (Mazmishvili) c. Rusia*, demanda n. 43553/10, pár. 82.

¹⁰⁰¹ STEDH de 14 de septiembre de 2017, *Ndidi c. Reino Unido*, demanda n. 41215/14, pár. 80.

¹⁰⁰² STEDH de 3 de octubre de 2014, *Jeunesse c. Países Bajos*, demanda n. 12738/10, pár. 108; STEDH de 25 de marzo de 2014, *Biao c. Dinamarca*, demanda n. 38590/10, pár. 53; STEDH de 3 de noviembre de 2011, *Arvelo Aponte c. Países Bajos*, demanda n. 28770/05, pár. 55; STEDH de 26 de abril de 2007, *Konstatinov c. Países Bajos*, demanda n. 16351/03, pár. 48; STEDH de 31 de enero de 2006, *Rodrigues da Silva y Hoogkamer c. Países Bajos*, demanda n. 50435/99, pár. 39.

6.7. El interés superior del menor

6.7.1. La evaluación de las circunstancias de los hijos del extranjero objeto de expulsión

A la hora de evaluar el cumplimiento del art. 8, las autoridades deben tener en cuenta la situación de todos los miembros de la familia, ya que dicha disposición garantiza la protección de todos ellos. Más en particular, si la expulsión de un miembro de la familia afecta a menores de edad, los EP tienen la obligación de velar especialmente por el interés superior de estos¹⁰⁰³.

En este sentido, los órganos nacionales que adoptan la decisión de expulsar a un extranjero deben, en principio, tomar en consideración siempre el interés superior de los menores directamente afectados por la medida. Tanto las autoridades nacionales, como el TEDH en su papel de supervisor del análisis realizado por los EP, deben comprobar si a la luz del caso la expulsión de un progenitor es proporcional con los derechos e intereses en juego, así como la afectación que esta expulsión produce en el interés superior del menor¹⁰⁰⁴. Para llegar a esta conclusión debe evaluarse, entre otros factores, el nivel de dificultad que los hijos del extranjero objeto de expulsión pueden encontrar en el Estado al que este es expulsado; así como la solidez de los lazos sociales, culturales y familiares de los menores tanto con el EP, como con el Estado de destino¹⁰⁰⁵. En *Tuquabo-Tekle*, los hijos de la demandante han vivido siempre en los Países Bajos, por lo que su entorno cultural, lingüístico, su nacionalidad y su escuela se encuentran en Holanda. Por consiguiente, de existir, los vínculos de los menores con el país de origen de sus padres son mínimos¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰³ STEDH de 12 de febrero de 2009, *Nolan y K. c. Rusia*, demanda n. 2512/04, pág. 88 y jurisprudencia citada.

¹⁰⁰⁴ STEDH de 7 de marzo de 2017, *Kamenov c. Rusia*, demanda n. 17570/15, pág. 39; STEDH de 1 de diciembre de 2016, *Salem c. Dinamarca*, demanda n. 77036/11, pág. 75; STEDH de 2 de abril de 2015, *Sarközi y Mahran c. Austria*, demanda n. 27945/10, pág. 64; STEDH de 3 de octubre de 2014, *Jeunesse c. Países Bajos*, demanda n. 12738/10, pág. 120.

¹⁰⁰⁵ STEDH de 3 de octubre de 2014, *Jeunesse c. Países Bajos*, demanda n. 12738/10, págs. 117 y 118.

¹⁰⁰⁶ STEDH de 1 de diciembre de 2005, *Tuquabo-Tekle y otros c. Países Bajos*, demanda n. 60665/00, pág. 47; STEDH de 21 de diciembre de 2001, *Şen c. Países Bajos*, demanda n. 31465/96, pág. 40. Este criterio interpretativo del TEDH se encuentra en consonancia con la "Recommendation Rec(2002)4 of the Committee of Ministers to member states on the legal status of persons admitted for family reunification". (Adopted by the Committee of Ministers on 26 March 2002 at the 790th meeting of the Ministers' Deputies), en la que establece que los EP, al considerar la retirada o negativa a renovar un permiso de residencia o la expulsión de un miembro de la familia, entre otras consideraciones, deberán atender al mejor interés y bienestar de los niños.

Uno de los factores más relevantes a la hora de determinar el interés superior del menor es su edad en el momento en el que la orden de expulsión es definitiva. La edad del menor permite valorar si se encuentra en una edad “adaptable”, o lo que es lo mismo, si no tiene grandes dificultades para seguir a su progenitor hasta el Estado de destino¹⁰⁰⁷; o si por el contrario, la posibilidad de que el menor se traslade con su progenitor equivale a un desarraigo de excesiva rigidez¹⁰⁰⁸.

Como regla general, cuando el motivo de la expulsión se debe a una orden de extradición, por lo general el TEDH declina la balanza de la proporcionalidad a favor de los intereses del Estado. Así, en *Shakurov c. Rusia*, la hija del demandante, a pesar de que es menor de edad, se encuentra recibiendo atención médica en la Federación de Rusia. Tanto los tribunales internos como el TEDH, pueden comprobar que el tratamiento de la hija del demandante puede llevarse a cabo sin la presencia de este último. Por tanto, no se demuestra que el interés superior del menor se vea vulnerado por la expulsión de su progenitor, por lo que se concluye que la extradición del demandante no conlleva una vulneración del art. 8 del CEDH¹⁰⁰⁹.

En los casos en que los padres del menor se encuentran divorciados y uno de los progenitores extranjeros es objeto de expulsión, en vista de que no se puede esperar que el progenitor que permanece en el EP vaya a desplazarse al Estado de destino, el TEDH considera que la única posibilidad de mantener un contacto regular entre los menores y ambos padres es la permanencia de ambos progenitores en el EP de acogida¹⁰¹⁰. Según el Tribunal de Estrasburgo, junto a la obligación en sentido negativo que conlleva el art. 8 de abstenerse a llevar de cabo medidas que provoquen la ruptura de los vínculos familiares, este artículo también exige una obligación positiva de garantizar que la vida familiar entre padres e hijos pueda continuar con posterioridad al divorcio de los progenitores¹⁰¹¹.

¹⁰⁰⁷ Por lo general, el TEDH considera como “edad adaptable” una edad muy temprana en la que los niños todavía no han comenzado la escuela y, por consiguiente, no tienen lazos culturales, sociales, lingüísticos fuertemente arraigados con un determinado Estado. En este sentido, STEDH de 12 de junio de 2012, *Bajsultanov c. Austria*, demanda n. 54131/10, párr. 90; STEDH de 17 de febrero de 2009, *Onur c. Reino Unido*, demanda n. 27319/07, párr. 60; STEDH de 18 de octubre de 2006, *Üner c. Países Bajos*, demanda n. 46410/99, párr. 64. En el marco del PIDCP, véase como el CDH concede importancia a la edad del menor y al establecimiento de lazos sociales y culturales de este en el Estado de acogida en, CDH, comunicación n. 930/2000, *Sr. Hendrick Winata y Sra. Li So Lan c. Australia*, CCPR/C/72/D/930/2000, 16 de agosto de 2001, párr. 7.3.

¹⁰⁰⁸ En este sentido, STEDH de 8 de julio de 2014, *M.P.E.V. y otros c. Suiza*, demanda n. 3910/13, párr. 57.

¹⁰⁰⁹ STEDH de 5 de junio de 2012, *Shakurov c. Rusia*, demanda n. 55822/10, párrs. 201 a 203.

¹⁰¹⁰ STEDH de 16 de abril de 2013, *Udeh c. Suiza*, demanda n. 12020/09, párrs. 52 y 53.

¹⁰¹¹ STEDH de 13 de octubre de 2011, *Husseini c. Suecia*, demanda n. 10611/09, párr. 107; STEDH de 11 de julio de 2000, *Ciliz c. Países Bajos*, demanda n. 29192/95, párr. 62.

6.7.2. El interés superior del menor aplicable al extranjero objeto de expulsión menor de edad

También se debe tener en cuenta el interés superior del menor cuando los delitos que dan lugar a la expulsión son cometidos por un extranjero durante su minoría de edad¹⁰¹². Cuando se trata de medidas de expulsión contra un delincuente juvenil, la obligación de tener en cuenta el interés superior del niño debe incluir la obligación de facilitar su reintegración, de conformidad con el art. 40 de la CDN, y la interpretación de este precepto por parte del CRC, órgano que incide en hacer de la reintegración un objetivo a perseguir por el sistema de justicia de menores¹⁰¹³. Este objetivo no se puede lograr mediante la ruptura de lazos familiares o sociales a través de la expulsión. Esta medida debe mantenerse como último recurso en casos de delincuencia juvenil, por lo que estas apreciaciones deben ser debidamente consideradas por las autoridades nacionales¹⁰¹⁴.

No obstante, la naturaleza y gravedad del delito pueden excluir la posibilidad de aplicar el atenuante que supone la juventud del extranjero, incluso cuando este carezca de antecedentes penales¹⁰¹⁵. En *Ferhat Kilic c. Dinamarca*, no se considera desproporcionada la decisión de expulsar al demandante como consecuencia de la condena que le es impuesta por intento de robo, agresión con agravante y homicidio culposo, delitos que cometió siendo menor de edad¹⁰¹⁶.

Por el contrario, el TEDH permite poco margen de apreciación a las autoridades nacionales para justificar la expulsión de un extranjero a consecuencia de delitos, de naturaleza no violenta, que son cometidos cuando este es menor¹⁰¹⁷. En *Jakupovic c. Austria* se declara la vulneración del art. 8, ya que la orden de expulsión del demandante

¹⁰¹² STEDH de 23 de junio de 2008, *Maslov c. Austria*, demanda n. 1638/03, párr. 82.

¹⁰¹³ STEDH de 1 de junio de 2017, *Küleki c. Austria*, demanda n. 30441/09, párr. 41; STEDH de 23 de junio de 2008, *Maslov c. Austria*, demanda n. 1638/03, párr. 83. Respecto a la postura del CRC en relación al art. 40 de la CDN y, concretamente, con la aplicación de un método acorde con los principios básicos de justicia de menores, dicho órgano subraya que: “la respuesta que se dé al delito debe ser siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a la edad, la menor culpabilidad, las circunstancias y las necesidades del menor, así como a las diversas necesidades de la sociedad, en particular a largo plazo”; CRC, Observación general n.10 (2007), “Los derechos del niño en la justicia de menores”, CRC/C/GC/10, de 25 de abril de 2007, párr. 71.

¹⁰¹⁴ STEDH de 23 de junio de 2008, *Maslov c. Austria*, demanda n. 1638/03, párr. 83.

¹⁰¹⁵ Así ocurre en *Kaya c. Alemania* donde, a pesar de que el demandante tiene veinte años cuando comete los delitos y no tiene antecedentes penales, el TEDH observa que los delitos cometidos por este son muy graves, al incluir dos intentos de trata de personas con agravantes de procuraduría y varios cargos por agresión; STEDH de 28 de junio de 2007, *Kaya c. Alemania*, demanda n. 31753/02, párr. 62.

¹⁰¹⁶ STEDH de 22 de enero de 2007 (decisión de admisibilidad), *Ferhat Kilic c. Dinamarca*, demanda n. 20730/05. En el mismo sentido; STEDH de 22 de enero de 2007 (decisión de admisibilidad), *Hizir Kilic c. Dinamarca*, demanda n. 20277/05.

¹⁰¹⁷ STEDH de 1 de junio de 2017, *Küleki c. Austria*, demanda n. 30441/09, párr. 41; STEDH de 23 de junio de 2008, *Maslov c. Austria*, demanda n. 1638/03, párr. 84.

a Sarajevo se basó en varias condenas por robo, delito que fue llevado a cabo cuando el demandante era menor edad. Además la expulsión también fue ejecutada cuando el demandante es menor de edad¹⁰¹⁸.

6.8. La gravedad de las dificultades que el cónyuge puede encontrar en el Estado de destino

A la hora de valorar la injerencia en la vida privada y familiar del extranjero objeto de expulsión, se debe evaluar si la medida afecta a los miembros que componen el “núcleo central” de la familia. Al igual que el interés superior de los menores se configura como un parámetro evaluador, la existencia de obstáculos insalvables en el camino de los cónyuges para seguir al extranjero expulsado hasta el Estado de destino también es un factor a considerar.

Tan sólo existe un caso que desarrolle este criterio, en el que Tribunal no atribuye demasiado peso a este factor a la hora de baremar los derechos del extranjero en relación con los intereses del Estado. En *Jakupovic c. Austria*, se mantiene que en el examen de proporcionalidad que determine el justo equilibrio de los intereses contrapuestos, se debe prestar atención a las circunstancias del cónyuge del extranjero objeto de expulsión en relación con la proximidad del Estado de destino. Si el cónyuge o el resto de familiares no puedan acompañar al extranjero al Estado de destino, la proximidad de este al EP de acogida lleva consigo la presunción de que los familiares podrán desplazarse. Por consiguiente, cabe suponer que la injerencia del respeto a la vida privada y familiar es menos severa¹⁰¹⁹.

6.9. La solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares con el Estado de acogida y con el país de destino

Con carácter general, el derecho de un Estado a controlar la entrada y estancia de extranjeros en su territorio se aplica con independencia de si el extranjero entra en el territorio del Estado de acogida como adulto, a una edad temprana e incluso si nació en el propio EP¹⁰²⁰. En este sentido, el TEDH valora los vínculos particulares que los

¹⁰¹⁸ STEDH de 6 de febrero de 2003, *Jakupovic c. Austria*, demanda n. 36757/97, párs. 32 y 33.

¹⁰¹⁹ En este sentido, STEDH de 2 de abril de 2015, *Sarközi y Mahran c. Austria*, demanda n. 27945/10, pár. 74.

¹⁰²⁰ A este respecto la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del COE relativa a la no expulsión de los inmigrantes de largo plazo establece que los inmigrantes legales que han estado viviendo durante muchos años en el Estado de acogida, algunos de los cuales nacieron en ese Estado, se han integrado en la

extranjeros desarrollan en el EP, con independencia de si han pasado en este alguna o la mayor parte de su vida. Si bien, como ya se ha apuntado en el epígrafe 5.2. del presente Capítulo, el TEDH confiere una especial importancia a los lazos socio-culturales de aquellos extranjeros que han pasado la mayor parte de su vida en un EP. Tanto los nacidos en un EP, como los llegados a edad temprana debido a la emigración de sus padres, a menudo tienen sus principales lazos en el Estado de acogida, siendo la nacionalidad la única relación con su Estado de origen. En tales casos, muchos de ellos han recibido su educación y establecido la mayoría de sus vínculos sociales y desarrollado su propia identidad en el Estado de acogida¹⁰²¹.

Por tanto, a pesar de que todos los factores a los que se ha venido haciendo mención a lo largo de este epígrafe 6 también son de aplicación cuando el extranjero se instala en un EP en edad adulta, su interpretación con arreglo al caso concreto debe tener en cuenta que el demandante haya nacido en el Estado de acogida o se haya mudado a este a una edad temprana¹⁰²². Al evaluar la duración de la estancia del solicitante en el EP, así como la solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares en este Estado, el TEDH tiene en cuenta la existencia de una diferencia de trato si la persona ha llegado al EP en su infancia o juventud, si ha nacido allí, o si ha llegado como adulto¹⁰²³.

Dentro de los vínculos socio-culturales que se deben evaluar para valorar el grado de injerencia en el derecho a la vida privada y familiar, se enmarca el factor lingüístico. El

Universitat d'Alacant

sociedad del Estado por lo que no con extranjeros desde el punto de vista sociológico. Este es el caso de los extranjeros de segunda generación, para quienes el Estado de sus padres es, a menudo, un territorio desconocido. La aplicación de las medidas de expulsión contra ellos parece desproporcionada y discriminatoria: desproporcionada porque tiene consecuencias de por vida para la persona interesada, ya que a menudo provoca la separación de su familia y el desarraigo forzoso de su entorno, y discriminatoria porque el Estado no puede utilizar este procedimiento contra sus propios nacionales que han cometido el mismo incumplimiento de la ley; Parliamentary Assembly, “Recommendation 1504 (2001), Non-expulsion of long-term immigrants”. Text adopted by the Standing Committee, acting on behalf of the Assembly, on 14 March 2001, párs. 2 y 3. En la jurisprudencia; STEDH de 28 de junio de 2007, *Kaya c. Alemania*, demanda n. 31753/02, pár. 52; STEDH de 18 de octubre de 2006, *Üner c. Países Bajos*, demanda n. 46410/99, pár. 54.

¹⁰²¹ Entre otras, STEDH de 11 de octubre de 2011, *Emre c. Suiza* (n.2), demanda n. 5056/10, pár. 70; STEDH de 10 de julio de 2003, *Benhebba c. Francia*, demanda n. 53441/99, pár. 33.

¹⁰²² STEDH de 15 de julio de 2003, *Mokrani c. Francia*, demanda n. 52206/99, pár. 31.

¹⁰²³ Esta tendencia también se refleja en diversos instrumentos del COE, como: Committee of Ministers, “Recommendation Rec(2000)15 of the Committee of Ministers to member states concerning the security of residence of long-term migrants”, 13 September 2000; Committee of Ministers, “Recommendation Rec(2002)4 of the Committee of Ministers to member states on the legal status of persons admitted for family reunification”. (Adopted by the Committee of Ministers on 26 March 2002 at the 790th meeting of the Ministers’ Deputies). Véase en la jurisprudencia; STEDH de 23 de junio de 2008, *Maslov c. Austria*, demanda n. 1638/03, pár. 73. Entre los criterios de los que se ha valido el TEDH para evaluar la fuerza de los lazos socio-culturales, tanto con el EP, como con el Estado de origen, se encuentran la asistencia a la escuela en uno u otro Estado, si ha visitado esporádicamente el Estado de origen o no, entre otros; en este sentido véase, STEDH de 1 de junio de 2017, *Külekcı c. Austria*, demanda n. 30441/09, pár. 50.

TEDH proporciona cierto peso a este factor a la hora de evaluar los lazos socio-culturales que el extranjero pueda tener con el EP, o en el Estado de origen. La razón reside en que el conocimiento y dominio del idioma comúnmente empleado en el Estado de destino elimina dificultades para que el extranjero pueda reintegrarse en este país¹⁰²⁴. A pesar de que el dominio del idioma es un factor a considerar, el TEDH no exige un dominio alto del idioma común del EP para poner de manifiesto que el extranjero se encuentra suficientemente integrado en la sociedad de este país¹⁰²⁵.

6.10. La duración de la prohibición de entrada como parámetro evaluador de la proporcionalidad de la expulsión

La duración de la prohibición de entrada no se tiene en cuenta de manera expresa ni en *Boultif* ni en *Üner* como un criterio que permita valorar la proporcionalidad de la expulsión. No obstante, del estudio de la jurisprudencia del TEDH en este ámbito se advierte que la duración de la prohibición de entrada es un factor frecuentemente aplicado por el tribunal de Estrasburgo a la hora de decidir si se ha vulnerado el art. 8 del CEDH. Se considera así que el carácter permanente de una orden de expulsión es una medida demasiado intrusiva en los derechos de una persona reconocidos en el art. 8 del CEDH. Por el contrario, en función de los hechos concretos del caso, una duración limitada de la prohibición de entrada se considera como un factor que se inclina a favor de la protección del derecho del extranjero a su vida privada y familiar. Por ejemplo, mientras que en *Yilmaz* y *Ezzouhdi* la duración ilimitada de la prohibición de residencia es considerada como un factor que demuestra la desproporcionalidad de la medida de expulsión¹⁰²⁶, en *Üner* y *Benhebba* la prohibición de entrada en el territorio del EP, limitada a un tiempo concreto, es tenida en cuenta como un factor que pone de manifiesto la proporcionalidad de la decisión de expulsión¹⁰²⁷.

¹⁰²⁴ STEDH de 8 de enero de 2009, *Joseph Grant c. Reino Unido*, demanda n. 10606/07, pár. 41.

¹⁰²⁵ En *Slivenko c. Letonia* no se demuestra que el grado de fluidez de las demandantes en el idioma sea insuficiente para llevar una vida normal en Letonia. Concretamente, no se pone en evidencia ninguna prueba que demuestre que el nivel de conocimiento de las demandantes del letón sea, en modo alguno, diferente al de otros hablantes nativos de ruso que viven en Letonia; STEDH de 9 de octubre de 2003, *Slivenko c. Letonia*, demanda n. 48321/99, pár. 124.

¹⁰²⁶ STEDH de 17 de abril de 2003, *Yilmaz c. Alemania*, demanda n. 52853/99, párs. 48 y 49; STEDH de 13 de febrero de 2001, *Ezzouhdi c. Francia*, demanda n. 47160/99, párs 34 y 35. En este sentido véase también; STEDH de 27 de octubre de 2005, *Keles c. Alemania*, demanda n. 32231/02, pár. 66; STEDH de 22 de abril de 2004, *Radovanovic c. Austria*, demanda n. 42703/98, pár. 37.

¹⁰²⁷ STEDH de 18 de octubre de 2006, *Üner c. Países Bajos*, demanda n. 46410/99, pár. 65; STEDH de 10 de julio de 2003, *Benhebba c. Francia*, demanda n. 53441/99, pár. 37. En este sentido véase también; STEDH de 3 de julio de 2012, *Samsonnikov c. Estonia*, demanda n. 52178/10, pár. 89.

No obstante, no siempre que la prohibición de entrada es de duración limitada, ello implica que la injerencia en el derecho a la vida privada y familiar sea proporcionada de conformidad con el art. 8 del CEDH. Si la prohibición de entrada es impuesta por un tiempo determinado pero ese lapso se corresponde con un tiempo esencial para la vida del extranjero –por ejemplo, cuando es menor de edad– y, además, se dan otros factores como el carácter no violento de los delitos cometidos, por lo general, la expulsión no es considerada proporcionada¹⁰²⁸.

A este respecto, se debe tener en cuenta que en algunas ocasiones los EP, aunque imponen junto con la orden de expulsión una prohibición de entrada por un periodo de tiempo ilimitado, no impiden por completo al sujeto la entrada a su territorio. Es decir, se deja abierta la posibilidad de que, eventualmente, la prohibición de entrada sea levantada por completo si el extranjero así lo solicita, por ejemplo, mediante una solicitud de autorización de ingreso como turista, o una solicitud dirigida a las autoridades estatales para que reconsideren la prohibición de entrada. En consecuencia, de aceptarse la petición de ingreso, el extranjero podría volver al territorio del EP con la autorización pertinente¹⁰²⁹. Por tanto, en estos casos se puede considerar que la medida no es tan intrusiva como una prohibición de entrada ilimitada e infranqueable.

Al margen de la duración de la prohibición de entrada y en relación con la solicitud de revisión a instancias del extranjero de la medida impuesta, el TEDH también se ha pronunciado sobre si la revisión de la prohibición de entrada debe valorar los derechos e intereses en juego, hasta el punto de permitir que el demandante regrese de manera inmediata al EP. El Tribunal aboga por la necesidad de valorar las circunstancias acontecidas después de la sentencia por la que se decide la expulsión. Para ello, el tribunal nacional que emite la orden de expulsión y prohibición de entrada tiene un amplio margen de actuación. Si bien, dentro de ese margen, debe valorar aspectos tales como el comportamiento del extranjero con posterioridad a la sentencia, el desempeño de actividades profesionales o la creación de su propia unidad familiar. Esta interpretación implica una aplicación conjunta de los arts. 8 y 46.1 del CEDH¹⁰³⁰. De este último precepto, además de la obligatoriedad de las sentencias, se deriva que su ejecución debe llevarse a cabo de buena fe, de conformidad con el espíritu y la finalidad de la sentencia.

¹⁰²⁸ STEDH de 23 de junio de 2008, *Maslov c. Austria*, demanda n. 1638/03, párs. 99 y 100.

¹⁰²⁹ Véase a este respecto, STEDH de 26 de noviembre de 2013, *Vasquez c. Suiza*, demanda n. 1785/08, pár. 50.

¹⁰³⁰ El art. 46.1 del CEDH establece que: “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes”.

El análisis de estos factores, en concordancia con lo establecido en los arts. 8 y 46.1 del CEDH, permite determinar si la prohibición de entrada durante un cierto tiempo, más o menos prolongado, en el territorio de un EP, puede considerarse como necesaria en una sociedad democrática en el sentido del art. 8.2 del CEDH ¹⁰³¹.

7. A MODO DE RECAPITULACIÓN

En primer lugar, como se ha comprobado, el art. 18 del Proyecto de la CDI no ofrece una protección absoluta contra la expulsión en los casos en los que dicha medida interfiera en la vida familiar del extranjero. Para valorar la proporcionalidad de la expulsión en estos casos, el órgano técnico-codificador se inspira en la noción de “justo equilibrio” desarrollada por el TEDH a la hora de ponderar los intereses del Estado y los derechos del extranjero. Pese a que la CDI elabora su propuesta teniendo como referencia la jurisprudencia del TEDH, el art. 18 no incluye el derecho a la vida privada como límite a la expulsión de extranjeros, dado que una mayoría de Estados ha considerado que no tiene necesariamente un vínculo directo con la problemática de la expulsión. Sin embargo, de conformidad con el art. 8 del CEDH y la jurisprudencia del tribunal de Estrasburgo que interpreta y aplica esta disposición, se trata de un derecho cuya aplicación también es pertinente en el contexto de la expulsión de extranjeros. Si bien, hasta la fecha la jurisprudencia del TEDH relativa a la aplicación del art. 8 al extranjero objeto de expulsión se centra mucho más en la vida familiar, y mientras que la jurisprudencia sobre la vida privada es bastante escasa.

En segundo lugar, desde una interpretación teleológica, el TEDH defiende la importancia de la unidad familiar, dado que la familia constituye uno de los pilares de la sociedad. Como es evidente, la vida privada y familiar del extranjero objeto de expulsión se lleva a cabo junto con otras personas. El núcleo central de la familia, en un principio, lo constituyen los cónyuges y los hijos menores del extranjero. No obstante, mediante una interpretación evolutiva y finalista, el TEDH considera que el concepto de familia central o nuclear puede ser más amplio en función de las circunstancias del caso. Por ello también acepta como núcleo familiar a las familias compuestas por hijos mayores, hermanos o padres en función del grado de dependencia, como se pone de manifiesto en *Nasri c. Francia*. Con ello se dota de un alto grado de contenido efectivo y práctico al derecho a la familia que el CEDH protege. Así, dentro del núcleo central de los miembros que

¹⁰³¹ STEDH de 11 de octubre de 2011, *Emre c. Suiza* (n.2), demanda n. 5056/10, párs. 74 y 75.

componen la unidad familiar, el TEDH presta especial atención en su jurisprudencia al interés superior del menor. En concreto, la edad “adaptable” del menor es un factor muy a considerar por el Tribunal a la hora de prohibir la expulsión ante las repercusiones que para el equilibrio del menor pueda suponer un traslado junto con su progenitor expulsado.

En tercer lugar, el art. 8 del CEDH exige que la injerencia en el derecho a la vida privada y familiar no sea arbitraria, entendiéndose por injerencia la expulsión del extranjero del EP de acogida. Para evitar la arbitrariedad, el art. 8 del CEDH exige que la medida intrusiva en el derecho protegido se encuentre prevista en la ley, persiga alguno de los fines recogidos en la citada disposición, además de ser una medida necesaria en una sociedad democrática. Los requisitos que debe cumplir la injerencia al derecho a la vida privada y familiar se encuentran redactados en términos jurídicos indeterminados. La labor del TEDH adquiere un papel relevante en la determinación del contenido y alcance de las restricciones al derecho reconocido. Esta jurisprudencia ha servido para paliar, en buena medida, la indeterminación jurídica que presenta la redacción del art. 8.2 del CEDH.

En cuarto lugar, la jurisprudencia de TEDH en la interpretación y aplicación del derecho a la vida privada y familiar en supuestos de expulsión de extranjeros se presenta esencialmente casuística. El TEDH ha concretado la noción de “necesidad en una sociedad democrática” en el contexto de la expulsión de extranjeros. Para ello, ha desarrollado una serie de criterios que permiten tanto a los EP, como al propio Tribunal en su papel supervisor de los análisis de proporcionalidad realizados por los EP, llevar a cabo una evaluación armonizada y homogénea de los casos planteados que permita concretar la legitimidad de las interferencias en el derecho protegido.

En quinto lugar, en aplicación de tales criterios, el TEDH atribuye un importante peso al peligro que, en el momento de la expulsión, el extranjero supone para el EP. Para evaluar el grado de amenaza el Tribunal atiende, fundamentalmente, a la gravedad de los delitos cometidos, así como a la intensidad delictiva, como sucede *en Joseph Grant c. Reino Unido*. Estos factores son contrapuestos con la fuerza de los lazos que el extranjero mantiene con el EP, así como con el Estado de origen, con el fin de evaluar la reintegración de este último si se lleva a término su expulsión.

En sexto lugar, la jurisprudencia del TEDH trata de ser equilibrada y proteger el derecho del extranjero sin olvidar los intereses del Estado, especialmente, aquellos que tienen relación con el mantenimiento del orden y la seguridad nacional. Por ello, ante la presencia de delitos de naturaleza especialmente grave cuya consecución en el tiempo da

lugar a un patrón delictivo, por lo general el TEDH decide, a la luz de los derechos e intereses contrapuestos, que prevalecen los intereses del Estado.

La deferencia del tribunal de Estrasburgo con la soberanía nacional también se manifiesta en el margen de apreciación que concede a las autoridades estatales a la hora de valorar el riesgo que el extranjero supone para su Estado. Si bien, el Tribunal limita el margen de apreciación a que su aplicación se lleve a cabo de una forma restrictiva. Por tanto, la interpretación de las excepciones que limitan los DDHH reconocidos a los extranjeros en el CEDH debe hacerse restrictivamente.

En séptimo lugar, desde una perspectiva general se puede apreciar que el desarrollo jurisprudencial del TEDH en relación a la aplicación del art. 8 como límite a la expulsión de extranjeros ha conocido un importante alcance; el tribunal de Estrasburgo está dotando de un contenido bastante amplio a la esfera de aplicación de este precepto en este ámbito. Muestra de ello es la aplicación de la jurisprudencia del TEDH en relación a la protección del derecho a la vida privada y familiar con el fin de limitar el tiempo durante el que las autoridades estatales resuelven una solicitud de refugio, tal y como determina en *B.A.C. c. Grecia*. En este sentido, el TEDH entiende que, si la tramitación de una solicitud de refugio se dilata durante un prolongado lapso de tiempo, la vida privada y familiar del extranjero adolece de precariedad. Asimismo, el TEDH con el fin último de llevar a cabo una protección práctica y real del derecho protegido, tiene en cuenta el impacto psicosocial de la expulsión en la vida privada del extranjero, para lo cual tiene en consideración nada menos que hasta factores lingüísticos; como es el conocimiento de la lengua del Estado de destino con la finalidad de salvaguardar su reinserción. A buen seguro, en 1950 los EP no esperaban un desarrollo del derecho a la vida privada y familiar con este alcance en su aplicación a los extranjeros objeto de expulsión.

En octavo lugar, la jurisprudencia del TEDH inspira al TJUE, órgano judicial que tiene muy en cuenta los parámetros interpretativos que en relación al art. 8 del CEDH ha desarrollado el tribunal de Estrasburgo en su jurisprudencia. En concreto, ambos tribunales, a la hora de concretar los miembros de la familia que son considerados como parte del núcleo central de la familia objeto de protección, mantienen una interpretación evolutiva y practica al permitir que por razones de dependencia el concepto estricto de núcleo familiar se amplíe a otros sujetos. El TJUE es respetuoso con la jurisprudencia del TEDH, tanto a la hora de aplicar los “criterios *Boultif*”, como en el momento de valorar la proporcionalidad de los intereses contrapuestos entre el Estado y el extranjero. Así como en la interpretación de la noción de “cónyuge” y su aplicación a las parejas

formadas por personas del mismo sexo, siguiendo con ello la interpretación dinámica y evolutiva que hace el TEDH del CEDH.

Además, tanto el TEDH como el TJUE, limitan el margen de apreciación nacional, a la hora de valorar el riesgo para la seguridad del Estado que supone el extranjero o la relación de dependencia de este con los miembros de su familia, a que la interpretación llevada a cabo no prive al derecho a la vida privada y familiar de su efecto útil. Por tanto, la deferencia que ambos tribunales mantienen con los Estados en la valoración de lo que cabe entender por “seguridad nacional” o “dependencia”, términos jurídicamente indeterminados, se ve muy condicionada por el mantenimiento de la unidad familiar como fin último. Así, con carácter general, ambos tribunales coinciden en que la razón de enjuiciamiento que justifica la injerencia en el derecho a la vida privada y familiar es la amenaza grave y real que el extranjero eventualmente supone para la seguridad del Estado.

En noveno lugar, este fructífero diálogo judicial entre el TEDH y el TJUE en materia de protección de la vida privada y familiar de los extranjeros objeto de expulsión, es una manifestación de cómo se incorporan el contenido del CEDH y su desarrollo jurisprudencial por el TEDH a los principios generales del DUE, según son reconocidos en la jurisprudencia del TJUE relativa a la aplicación de directivas cuyo fin último es la protección de un derecho reconocido en el CEDH. Por tanto, como se ha comprobado a lo largo de este Capítulo, en este ámbito relativo a la protección de la vida privada y familiar del extranjero objeto de expulsión, la adhesión de la UE al CEDH no debería provocar ninguna tensión, ni mucho menos contradicción, en el desarrollo de la labor jurisprudencial estos dos tribunales internacionales, confluentes en el ámbito regional europeo.

En definitiva, con carácter general, el desarrollo de la estructura institucional en el DI contemporáneo ha permitido la creación de órganos judiciales dedicados a la protección de los DDHH como el TEDH que, como se ha podido comprobar a lo largo del presente Capítulo, a través de su jurisprudencia interpreta y aplica el CEDH de forma que garantiza, con un alcance bastante amplio, el derecho a la vida privada y familiar del extranjero objeto de expulsión. La concreción y desarrollo que especialmente el TEDH – y también el TJUE– lleva a cabo del derecho a la vida familiar y privada del extranjero, erosiona en buena medida el voluntarismo y relativismo que caracterizaba al ordenamiento internacional en su versión más extrema, propia del DI clásico. Mediante la aplicación del principio de efectividad a la hora de interpretar el art. 8 del CEDH en el ámbito de la expulsión de extranjeros, el TEDH determina y concreta el contenido del DI

regional europeo en vigor en este sector de normas, con un alcance que muy probablemente los EM del COE no vaticinaban en el momento de adoptar el CEDH en 1950.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Capítulo VI

LA DETENCIÓN DE EXTRANJEROS A EFECTOS DE EXPULSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

En sus comentarios a la propuesta de art. 19 titulada, “detención del extranjero a efectos de su expulsión”, la CDI insiste en que este artículo es aplicable a la detención de los extranjeros cuyo único fin es su expulsión. Por tanto, no se aplica a la detención de un extranjero por cualquier motivo que no sea su efectiva expulsión del Estado¹⁰³². Esta propuesta consta de tres apartados¹⁰³³, los cuales se van a ir desglosando a lo largo de los epígrafes del presente Capítulo, al hilo del estudio de la jurisprudencia del TEDH y del TJUE en materia de detención de extranjeros a efectos de expulsión.

En el ámbito regional europeo, la detención de extranjeros a efectos de expulsión supone una restricción del derecho a la libertad y a la seguridad recogido en el art. 5 del CEDH. En él se enumeran una serie de supuestos, de forma taxativa, por los que cabe la injerencia al derecho a la libertad y a la seguridad. Más en concreto, en el art. 5.1, letra f) reconoce expresamente la posibilidad de privar a un extranjero de su libertad a los efectos de su expulsión y con arreglo al procedimiento establecido por la ley, en los siguientes términos:

“Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición”.

La detención de extranjeros es un complemento necesario del derecho de los Estados a controlar la entrada y residencia de extranjeros en su territorio. Por ello, tanto los potenciales inmigrantes como los solicitantes de protección internacional pueden ser detenidos a los efectos de su expulsión¹⁰³⁴. No obstante, la interpretación de la injerencia en el derecho a la libertad y a la seguridad del individuo que supone la detención de un

¹⁰³² La legislación nacional varía considerablemente en cuanto a la legalidad y las condiciones de la detención en espera de expulsión, véase las diferentes prácticas estatales en, CDI, “Expulsión de extranjeros. Memorando de la secretaria”, A/CN.4/565, 10 de julio de 2006, p. 413, párr. 726. Por tanto, se trata de una propuesta que difícilmente puede ser aceptada como codificación del DI general.

¹⁰³³ Se puede consultar el art. 19 de manera íntegra en el anexo que contiene el Proyecto de la CDI.

¹⁰³⁴ STEDH de 29 de enero de 2008, *Saadi c. Reino Unido*, demanda n. 13229/03, párr. 62.

extranjero a efectos de expulsión, debe tener un alcance restrictivo. En este sentido, en el presente Capítulo se analiza la jurisprudencia del TEDH relativa a los límites de la detención de extranjeros objeto de expulsión.

En el DUE, los considerandos decimosexto y decimoséptimo de la Directiva 2008/115/CE (Directiva Retorno) establecen que únicamente se justifica el internamiento de un extranjero para preparar su retorno o llevar a cabo su expulsión, siempre y cuando la medida se encuentre limitada por el principio de proporcionalidad. Asimismo, el internamiento debe asegurar al extranjero un trato digno y humano conforme a sus DDHH, así como ajustado al DI y nacional. La Directiva Retorno dedica su Capítulo IV exclusivamente a regular el internamiento a efectos de expulsión. En concreto, en el art. 15, titulado “internamiento”, establece las causas que pueden propiciar la detención de un extranjero, las autoridades encargadas de adoptar y revisar la medida, así como los periodos máximos de internamiento y las prórrogas previstas. Por su parte, mientras que el art. 16 establece las condiciones en las que se debe llevar a cabo el internamiento, el art. 17 dispone un régimen especial para el internamiento de menores y familias. Además, el art. 18 regula los métodos de actuación ante situaciones de emergencia que acontecen cuando un EM se encuentra ante un excepcional número de extranjeros objeto de expulsión y tales situaciones ocasionen una importante carga imprevista para la capacidad de las instalaciones de internamiento de un Estado.

En el primer epígrafe del presente Capítulo se analiza el límite general a la detención de extranjeros, consistente en la prohibición de arbitrariedad, siempre a la luz de la jurisprudencia del TEDH y el TJUE (epígrafe 2.). Los criterios que permiten valorar que una detención no es arbitraria son: en primer lugar, la legalidad de la detención de conformidad con el derecho interno del Estado que adopta la medida (2.1.); en segundo lugar, que la detención se lleve a cabo en el marco de un procedimiento de expulsión (2.2.); en tercer lugar, que la medida le sea notificada al extranjero (2.3.); y, en cuarto lugar, que las autoridades estatales lleven a cabo un examen de proporcionalidad a la hora de adoptar la decisión de detener al extranjero (2.4.).

A continuación, se estudia la jurisprudencia de ambos tribunales europeos en relación a las garantías procesales que deben cumplirse en el marco de la detención (3); esto es, el derecho del extranjero a plantear un recurso sobre la legalidad de la detención (3.1.), y la revisión del internamiento (3.2.). Este último procedimiento abarca tanto la revisión de la legalidad del internamiento (3.2.1.), como la prórroga del plazo inicial de detención (3.2.2.).

En el epígrafe que sigue se estudian las condiciones que debe cumplir la detención según la jurisprudencia del TEDH y del TJUE (4). Para ello se analiza la naturaleza de la detención (4.1.), para después estudiar en qué medida las condiciones de detención pueden ser un factor que origine tratos contrarios al art. 3 del CEDH (4.2.). Seguidamente se examinan las condiciones de detención previstas en la UE, en concreto, las establecidas en la Directiva Retorno, según han sido interpretadas y aplicadas por el TJUE (4.3.).

Posteriormente se estudia la jurisprudencia del TEDH y el TJUE relativa a los límites máximos de tiempo durante el que un extranjero puede estar detenido y, expirado este periodo, debe cesar la medida de detención (5). Como se comprobará, el cese de la detención viene delimitado por el principio de debida diligencia (5.1.). Por su parte, en el ámbito del DUE la expiración del tiempo previsto para la detención viene determinado en la Directiva Retorno (5.2.). Si bien, el límite máximo temporal previsto para la detención en la UE plantea dos problemáticas. La primera de ellas es la relativa a la situación en la que se encuentra el extranjero una vez finaliza el tiempo máximo por el que puede estar internado sin que la expulsión se ejecute (5.2.1.). La segunda es la referida al modo en el que se computan los periodos de tiempo con el fin de determinar cuándo se alcanza el tiempo máximo de internamiento previsto en la Directiva Retorno (5.2.2.).

A continuación, se analiza la jurisprudencia de ambos tribunales europeos, especialmente el TEDH, con la que se han delimitado regímenes particulares de detención para colectivos especialmente vulnerables (6): los menores extranjeros (6.1.), y los solicitantes de protección internacional (6.2.).

Para finalizar se ofrece, a modo de recapitulación, una síntesis y valoración de la jurisprudencia estudiada en el presente Capítulo (7).

Antes de pasar al desarrollo de los distintos epígrafes del presente Capítulo, es conveniente realizar una precisión terminológica. Se usa el término “detención” a la hora de hacer referencia a la propuesta de art. 19 de la CDI¹⁰³⁵ y a la jurisprudencia del TEDH, ya que tanto el órgano técnico-codificador como este órgano judicial aluden con este término a la privación de libertad de un extranjero objeto de expulsión. Mientras que se utiliza el término “internamiento” con relación al DUE, debido a que este es el término

¹⁰³⁵ Aunque la CDI reconoce que la terminología “internamiento” utilizada en la Directiva Retorno es “tentadora”, considera que con el término “detención” se engloban otros términos, por lo que entiende que su alcance es más amplio; CDI, “Octavo informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/651, 22 de marzo de 2012, pág. 43.

que acuña la privación de libertad de un extranjero de conformidad con la Directiva Retorno y la jurisprudencia del TJUE¹⁰³⁶.

2. LA PROHIBICIÓN DE ARBITRARIEDAD COMO LÍMITE GENERAL A LA DETENCIÓN DE EXTRANJEROS A LOS EFECTOS DE EXPULSIÓN

Según la CDI, la detención de un extranjero a efectos de su expulsión tiene como finalidad garantizar que el procedimiento se ejecute correctamente, especialmente cuando se prevé que el sujeto puede entorpecer el curso normal del procedimiento de expulsión¹⁰³⁷. Por tanto, la detención se ordena en el marco de un procedimiento de expulsión que tiene como único objetivo el traslado del extranjero fuera del territorio del Estado. En esta dirección, el art. 19.1, letra a) del Proyecto de la CDI preceptúa que “la detención de un extranjero a efecto de su expulsión no será arbitraria ni tendrá carácter punitivo”.

La privación de libertad de un extranjero a estos efectos se encuentra prevista en distintos instrumentos internacionales, como el art. 9 del PIDCP¹⁰³⁸, y en otros convenios de ámbito regional¹⁰³⁹. En ellos se permite la detención de extranjeros siempre y cuando la medida se aplique de conformidad con los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, además de tratarse de una detención legal y carente de arbitrariedad. Así lo interpreta la CIJ, en *Ahmadou Sadio Diallo*: la detención adoptada por la autoridad competente que tenga por objeto ejecutar una decisión de expulsión de nacionales de terceros Estados no puede ser arbitraria, conforme a lo establecido en el PIDCP y en la CADHP¹⁰⁴⁰.

Por su parte, el art. 5 del CEDH regula la protección de los nacionales de un EP y también de los extranjeros contra la injerencia arbitraria del Estado en su derecho a la libertad y a la seguridad. El art. 5.1, letras a) a f) establece una lista exhaustiva de motivos

¹⁰³⁶ Por su parte el Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria califica la privación de libertad en el ámbito de la extranjería como “retención”; Comisión de DDHH, Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, “Cuestión de los derechos humanos de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”, E/CN.4/1998/44, 19 de diciembre de 1997, pár. 39.

¹⁰³⁷ Proyecto de la CDI, Doc. A/69/10, comentario 1), a la propuesta de art. 19, p. 52.

¹⁰³⁸ Además de en el art. 16.4 de la CIPDTM y el art. 9 de la DUDH.

¹⁰³⁹ Art. 5 del CEDH; art. 7 de la CADH; art. I y XXV de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la IX Conferencia internacional americana realizada en Bogotá en 1948; art. 6 de la CADHP; art. 6 CDFUE.

¹⁰⁴⁰ CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, pár. 81.

por los que una persona puede ser privada de su libertad. Con el fin de que nadie sea privado arbitrariamente de su libertad, tales motivos deben ser interpretados de forma restrictiva¹⁰⁴¹. Por ello, un Estado no puede alegar motivos de interés nacional, como por ejemplo la seguridad y el orden público ante la amenaza terrorista, para vulnerar el derecho a la libertad y a la seguridad del extranjero¹⁰⁴².

Esta disposición data nada menos que de 1950¹⁰⁴³, sin haberse modificado su texto desde entonces. Los Estados, en el ejercicio de su derecho a controlar la entrada y permanencia de extranjeros en su territorio, tienen derecho a detener a los extranjeros que intentan entrar en sus territorios, con independencia de si estos van a formular o no una solicitud de asilo. Empero, la detención de una persona constituye una interferencia en su libertad individual, por lo que siempre debe estar sujeta a un riguroso análisis. De ahí que la detención deba llevarse a cabo de conformidad con la ley¹⁰⁴⁴, como se analiza en el epígrafe que sigue (epígrafe 3.1.).

En primer lugar, el art. 5.1, letra f) prevé la posibilidad de detener a un extranjero para impedir que entre en el territorio de un EP de forma irregular. Mientras un Estado no haya autorizado la entrada del extranjero en su territorio dicha entrada es "ilegal". Por consiguiente, la detención de una persona que desee entrar al país, pero todavía no dispone de autorización, puede llevarse a efecto con el fin de impedir que el extranjero entre irregularmente en el territorio del EP¹⁰⁴⁵.

En *Saadi c. Reino Unido*, la Gran Sala interpreta, por primera vez, el significado de esta primera parte de la letra f) del art. 5.1. En concreto, considera que hasta que un Estado autoriza la entrada al país, cualquier entrada no se considera autorizada. Por esta razón, la detención de una persona que desea efectuar la entrada en un EP y para ello necesita autorización, pero todavía no dispone de ella, puede ser enmarcada en este precepto. Con respecto a los solicitantes de asilo (epígrafe 5.2.), estos pueden ser detenidos tan pronto

¹⁰⁴¹ STEDH de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia*, demanda n. 16483/12, pár. 266; STEDH de 19 de febrero de 2009, *A. y otros c. Reino Unido*, demanda n. 3455/05, pár. 163; STEDH de 6 de abril de 2000, *Labita c. Italia*, demanda n. 26772/95, pár. 170.

¹⁰⁴² STEDH de 19 de febrero de 2009, *A. y otros c. Reino Unido*, demanda n. 3455/05, pár. 171.

¹⁰⁴³ PÉREZ GONZÁLEZ, C., *Migraciones Irregulares y Derecho Internacional, Gestión de los flujos migratorios, devolución de extranjeros en situación administrativa irregular y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 187; DI PASCALE, A. y NASCIBENE, B., "La sentencia del Tribunal de Justicia El Dridi y la inmigración irregular. Problemas y perspectivas en el derecho de la Unión Europea y en el Derecho italiano", *REDE*, n. 42, 2012, 107-128, p. 125.

¹⁰⁴⁴ STEDH de 28 de marzo de 2017, *Z.A. y otros c. Rusia*, demandas nos. 61411/15, 61420/15, 61427/15 y 3028/16, pár. 94; STEDH de 24 de enero de 2008, *Riad e Idiab c. Bélgica*, demanda nos. 29787/03 y 29810/03, pár. 70.

¹⁰⁴⁵ STEDH de 4 de abril de 2017, *Thimothawes c. Bélgica*, demanda n. 39061/11, pár. 59; STEDH de 29 de enero de 2008, *Saadi c. Reino Unido*, demanda n. 13229/03, pár. 64.

entren en el territorio de un EP sin autorización, aun cuando se presenten voluntariamente ante las autoridades de migratorias del EP. Una interpretación a *sensu contrario*, limitaría demasiado tanto el contenido de la disposición como el derecho del Estado a ejercer el control de sus fronteras¹⁰⁴⁶. Aunque el art. 5.1, letra f) permite la detención de un solicitante de asilo o de otro inmigrante antes de que el Estado le conceda autorización para entrar, esta detención debe ser compatible con el propósito general del art. 5; esto es, proteger el derecho a la libertad y garantizar que nadie sea despojado de su libertad de manera arbitraria¹⁰⁴⁷.

Por tanto, con carácter general, para que una detención pueda cumplir el art. 5 del CEDH, además de ser adoptada conforme al procedimiento establecido en la ley, debe ser una medida libre de arbitrariedad. En concreto, para evitar que sea calificada como arbitraria debe llevarse a cabo de buena fe (epígrafe 5.1.); debe estar estrechamente relacionada con el motivo de la detención en el que se basa el Gobierno del EP (epígrafe 2.2); el lugar y las condiciones de detención deben ser apropiados (epígrafe 4); y la duración de la detención no puede exceder lo razonablemente requerido para el propósito perseguido (epígrafe 4)¹⁰⁴⁸. A lo largo de los siguientes epígrafes se dará cuenta de la jurisprudencia del TEDH que ha perfilado cada uno de estos requisitos para la adopción de la detención de conformidad con el CEDH, además de comprobar como el TJUE se ha ocupado también de este tema en su jurisprudencia.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

¹⁰⁴⁶ STEDH de 29 de enero de 2008, *Saadi c. Reino Unido*, demanda n. 13229/03, párr. 65. En este sentido, como señala el propio TEDH, ACNUR permite la detención de solicitantes de asilo en ciertas circunstancias como, por ejemplo, cuando se están realizando verificaciones de identidad o se deben definir los elementos en los que se basa la solicitud de asilo; Véase, Comité Ejecutivo de ACNUR, Conclusión n. 44 (XXXVII) de 1986 relativa a la detención de los refugiados y de las personas que buscan asilo y; ACNUR “Directrices sobre la detención. Directrices sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención”, 2012. Disponibles en: <http://www.refworld.org/es/publisher.UNHCR.THEMGUIDE..51e3b3244.0.html>.

¹⁰⁴⁷ STEDH de 29 de enero de 2008, *Saadi c. Reino Unido*, demanda n. 13229/03, párr. 66.

¹⁰⁴⁸ Entre otras, STEDH de 21 de junio de 2018, *S.Z. c. Grecia*, demanda n. 66702/13, párr. 53; STEDH de 19 de junio de 2018, *Kahadawa Arachchige y otros c. Chipre*, demandas nos. 16870/11, 16874/11 y 16879/11, párr. 60; STEDH de 14 de febrero de 2017, *S.K. c. Rusia*, demanda n. 52722/15, párr. 111; STEDH de 26 de abril de 2016, *Seagal c. Chipre*, demanda n. 50756/13, párr. 152; STEDH de 17 de julio de 2014, *Kim c. Rusia*, demanda n. 44260/13, párr. 49; STEDH de 28 de mayo de 2014, *Akram Karimov c. Rusia*, demanda n. 62892/12, párr. 177; STEDH de 17 de abril de 2014, *Ismailov c. Rusia*, demanda n. 20110/13, párr. 108; STEDH de 3 de abril de 2014, *Oshlakov c. Rusia*, demanda n. 56662/09, párr. 112; STEDH de 3 de julio de 2012, *Rustamov c. Rusia*, demanda n. 11209/10, párr. 150; STEDH de 9 de julio de 2009, *Mooren c. Alemania*, demanda n. 11364/03, párr. 77; STEDH de 19 de febrero de 2009, *A. y otros c. Reino Unido*, demanda n. 3455/05, párr. 164; STEDH de 29 de enero de 2008, *Saadi c. Reino Unido*, demanda n. 13229/03, párr. 74.

2.1. La legalidad de la detención

A la hora de determinar la legalidad de la detención del extranjero a efectos de expulsión, incluida la existencia de un procedimiento establecido por la ley, se deben cumplir las normas sustantivas y procesales vigentes en el EP¹⁰⁴⁹. En *Seferovic*, el tribunal de Estrasburgo mantiene que la detención de la demandante a efectos de su expulsión no es conforme con lo establecido en la ley interna italiana. La demandante ha dado a luz poco tiempo atrás a su detención, hecho que las autoridades competentes conocían. La ley sobre inmigración italiana n. 286 de 1998 determina que, en estas circunstancias, las autoridades no pueden proceder a la expulsión, por lo que la detención carece de una base legal¹⁰⁵⁰. Por tanto, se ha vulnerado el art. 5 del CEDH.

En este sentido, al establecer que cualquier privación de libertad debe efectuarse "con arreglo al procedimiento establecido por la ley", el art. 5.1 requiere, en esencia, que cualquier detención tenga base legal. Para comprobar el cumplimiento de este precepto, se debe evaluar no solo la legislación vigente, sino también la calidad ("quality of law") de las demás normas aplicables al supuesto¹⁰⁵¹. El TEDH no se refiere únicamente a la existencia de una normativa interna estatal que prevea la detención con fines de expulsión; además se debe tener en cuenta la calidad de la ley, la cual debe ser compatible con el Estado de derecho¹⁰⁵².

En esta línea, para constatar si una detención es "legal" y conforme "con un procedimiento prescrito por la ley", las autoridades competentes no solo deben atender al Derecho nacional sino también, cuando corresponde, a otras normas de DI aplicables al

¹⁰⁴⁹ STEDH de 23 de julio de 2013, *M.A. c. Chipre*, demanda n. 41872/10, pár. 197.

¹⁰⁵⁰ STEDH de 8 de febrero de 2011, *Seferovic c. Italia*, demanda n. 12921/04, párs. 39 a 41. Sobre la falta de base legal de la detención, STEDH de 7 de junio de 2011, *R.U. c. Grecia*, demanda n. 2237/08, párs. 95 y 96; STEDH de 17 de diciembre de 2009, *Dzhurayev c. Rusia*, demanda n. 38124/07, pár. 67; STEDH de 24 de enero de 2008, *Riad e Idiab c. Bélgica*, demanda n. 29787/03 y 29810/03, párs. 77 y 78; STEDH de 27 de noviembre de 2003, *Shamsa c. Polonia*, demanda n. 45355/99 y 45357/99, pár. 58.

¹⁰⁵¹ STEDH de 10 de noviembre de 2011, *Mokallal c. Ucrania*, demanda n. 19246/10, pár. 36; STEDH de 6 de marzo de 2001, *Dougoz c. Grecia*, demanda n. 40907/98, pár. 55; STEDH de 25 de junio de 1996, *Amuur c. Francia*, demanda n. 19776/92, pár. 50. En la doctrina, CLAYTON, G., *Textbook on Immigration and Asylum Law*, 5ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 533.

¹⁰⁵² STEDH de 16 de junio de 2018, *Kahadawa Arachchige y otros c. Chipre*, demandas nos. 16870/11 16874/11 16879/11, pár. 60; STEDH de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia*, demanda n. 16483/12, pár. 91; STEDH de 19 de febrero de 2009, *A. y otros c. Reino Unido*, demanda n. 3455/05, pár. 164; STEDH de 22 de septiembre de 2009, *Abdolkhani y Karimnia c. Turquía*, demanda n. 30471/08, pár. 130; STEDH de 29 de enero de 2008, *Saadi c. Reino Unido*, demanda n. 13229/03, pár. 67; STEDH de 25 de junio de 1996, *Amuur c. Francia*, demanda n. 19776/92, pár. 50.

caso¹⁰⁵³, entre otras el DUE como es obvio cuando se trate de un EM de la UE¹⁰⁵⁴. En concreto, corresponde principalmente a las autoridades nacionales, en especial a los tribunales, interpretar y aplicar la legislación nacional, si es necesario de conformidad con el DUE. A menos que la interpretación llevada a cabo por las autoridades estatales sea arbitraria o manifiestamente irrazonable, el papel del TEDH se limita a valorar si los efectos de esa interpretación son compatibles con el CEDH¹⁰⁵⁵. Además, cualquier privación de libertad debe estar en consonancia con el propósito del art. 5: proteger al individuo de la arbitrariedad¹⁰⁵⁶.

En este sentido, es especialmente importante que se cumpla el principio general de seguridad jurídica¹⁰⁵⁷. Por consiguiente, es esencial que las condiciones de detención, de acuerdo con la legislación nacional, estén claramente definidas y que la propia ley sea previsible en su aplicación, de modo que se dé cumplimiento al estándar de “legalidad” establecido en el CEDH¹⁰⁵⁸. Para ello, la norma debe ser lo suficientemente accesible, precisa y previsible como para permitir que el extranjero pueda prever, si es necesario con el asesoramiento adecuado, y en un grado que sea razonable conforme a las circunstancias, las consecuencias que puede conllevar una determinada acción¹⁰⁵⁹. La

¹⁰⁵³ STEDH de 1 de marzo de 2016, *Kholmurodov c. Rusia*, demanda n. 58923/14, párr. 84; STEDH de 17 de enero de 2012, *Takush c. Grecia*, demanda n. 2853/09, párr. 40; STEDH de 29 de marzo de 2010, *Medvedyev y otros c. Francia*, demanda n. 3394/03, párr. 79.

¹⁰⁵⁴ STEDH de 4 de abril de 2017, *Thimothawes c. Bélgica*, demanda n. 39061/11, párr. 70.

¹⁰⁵⁵ STEDH de 14 de marzo de 2017, *Ilias y Ahmed c. Hungría*, demanda n. 47287/15, párr. 63; STEDH de 3 de octubre de 2014, *Jeunesse c. Países Bajos*, demanda n. 12738/10, párr. 110; STEDH de 20 de septiembre de 2011, *Ullens de Schooten y Rezabek c. Bélgica*, demandas nos. 3989/07 y 38353/07, párr. 54.

¹⁰⁵⁶ STEDH de 3 de julio de 2014, *Georgia c. Rusia (I)*, demanda n. 13255/07, párr. 182; STEDH de 12 de abril de 2005, *Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*, demanda n. 36378/02, párr. 397; STEDH de 9 de octubre de 2003, *Slivenko c. Letonia*, demanda n. 48321/99, párr. 147; STEDH de 5 de febrero de 2002, *Čonka c. Bélgica*, demanda n. 51564/99, párr. 39.

¹⁰⁵⁷ El nivel de seguridad jurídica requerido por el TEDH en supuestos de privación de libertad es especialmente elevado, tal y como muestra en su jurisprudencia; STEDH de 26 de noviembre de 2009, *Tabesh c. Grecia*, demanda n. 8256/07, párr. 52.

¹⁰⁵⁸ STEDH de 23 de julio de 2013, *M.A. c. Chipre*, demanda n. 41872/10, párr. 198; STEDH de 31 de julio de 2012, *Alikhonov c. Rusia*, demanda n. 35692/11, párr. 54.

¹⁰⁵⁹ STEDH de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia*, demanda n. 16483/12, párr. 92; STEDH de 11 de abril de 2013, *Firoz Muneer c. Bélgica*, demanda n. 56005/10, párr. 55. Por ejemplo, en *Rashed c. República Checa*, la legislación sobre asilo checa es “poco clara” debido a que, tal y como es aplicada por las autoridades en este caso, permite una interpretación desfavorable para la persona al mantenerla detenida en un centro de acogida situado en la zona de tránsito del aeropuerto internacional, lo que no se prevé de forma expresa en la normativa checa. En consecuencia, el TEDH determina que tal ley no tiene la calidad suficiente para proporcionar una protección y seguridad jurídica adecuada que permita evitar la interferencia arbitraria de las autoridades, lo que supone una violación del art. 5.1. del CEDH; STEDH de 27 de noviembre de 2008, *Rashed c. República Checa*, demanda n. 298/07, párrs. 75 a 77. En este sentido, STEDH de 26 de abril de 2007, *Gebremedhin (Gaberamadhien) c. Francia*, demanda n. 25389/05, párr. 74; STEDH de 6 de marzo de 2001, *Dougoz c. Grecia*, demanda n. 40907/98, párr. 55; STEDH de 25 de junio de 1996, *Amuur c. Francia*, demanda n. 19776/92, párr. 50.

seguridad jurídica debe cumplirse estrictamente en todos y cada uno de los elementos pertinentes que justifican la detención en virtud de la legislación nacional y del CEDH¹⁰⁶⁰.

En *Khlaifia y otros c. Italia*, la base legal para detener a los demandantes en la isla de Lampedusa, en Italia, es el acuerdo bilateral entre Italia y Túnez de abril de 2011. Este acuerdo no se hace público, por lo que los demandantes no pueden prever las consecuencias que acarrea la presentación de una solicitud de protección internacional. Únicamente, mediante un comunicado de prensa publicado en el sitio web del Ministerio del Interior italiano, se hace referencia al fortalecimiento de los controles fronterizos y a la posibilidad de un retorno inmediato de los ciudadanos tunecinos mediante procedimientos simplificados. Sin embargo, este comunicado no contiene ninguna referencia a la posibilidad de detención administrativa ni a los procedimientos relacionados. Por lo que la detención vulnera el art. 5 del CEDH¹⁰⁶¹.

Asimismo, en otras demandas, presentadas contra Turquía, se ha evidenciado una ausencia de disposiciones legales claras en la ley turca que establece el procedimiento para ordenar la detención con vistas a la expulsión de extranjeros; en estos casos, debido a la inseguridad jurídica de la norma estatal, la detención de los demandantes no es conforme con el art. 5 del CEDH¹⁰⁶².

2.2. La detención en el marco de un procedimiento de expulsión

El art. 5.1., letra f) del CEDH permite detener a un extranjero en el marco de un procedimiento de expulsión, para el que se estén tomando medidas con vistas a su

¹⁰⁶⁰ STEDH de 27 de noviembre de 2003, *Shamsa c. Polonia*, demandas nos. 45355/99 y 45357/99, párr. 49. Este caso trata sobre dos nacionales libios que se encuentran ilegalmente en Polonia y contra quienes se dicta una orden de expulsión por atentado contra el orden público. En consecuencia, son detenidos a los efectos de expulsión, pero dicha medida se prolonga durante un plazo que excede del previsto por la ley nacional polaca, que no precisa si es posible una detención de esa índole. Por este motivo el TEDH estima que la normativa estatal polaca no cumple con el requisito de previsibilidad exigido por el art. 5.1 del CEDH. En este sentido, STEDH de 11 de octubre de 2007, *Nasrulloev c. Rusia*, demanda n. 656/06; STEDH de 23 de mayo de 2001, *Denizci y otros c. Chipre*, demandas nos. 25316-25321/94 y 27207/95. Además, la falta de claridad con respecto al país de destino al que van a ser expulsados los extranjeros puede obstaculizar la correcta diligencia debida de las autoridades inmersas en el procedimiento de expulsión; STEDH de 26 de julio de 2011, *M. y otros c. Bulgaria*, demanda n. 41416/08, párr. 69. En este sentido, FALEH PÉREZ sostiene que: “no basta con que la posibilidad de privar a una persona de su libertad esté prevista en la ley, por cuanto es necesario que la propia ley no sea arbitraria y, además, que su aplicación tampoco lo sea”; FALEH PÉREZ, C., “El encierro de extranjeros en España: crítica y alternativas a los CIE desde el sistema universal de protección de los derechos humanos”, *Revista Electrónica Iberoamericana*, vol. 7, n. 2, 2013, 99-117, p. 107.

¹⁰⁶¹ STEDH de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia*, demanda n. 16483/12, párr. 102.

¹⁰⁶² STEDH de 6 de septiembre de 2016, *Alimov c. Turquía*, demanda n. 14344/13, párr. 40; STEDH de 21 de octubre de 2014, *Aliiev c. Turquía*, demanda n. 30518/11, párr. 56; STEDH de 21 de octubre de 2014, *Musaev c. Turquía*, demanda n. 72754/11, párr. 30; STEDH de 22 de septiembre de 2009, *Abdolkhani y Karimnia c. Turquía*, demanda n. 30471/08, párrs. 125 a 135.

ejecución (epígrafe 5.1.)¹⁰⁶³. La detención puede estar justificada si las autoridades competentes están llevando a cabo consultas tendentes a ejecutar la expulsión, incluso cuando una solicitud formal o una orden de extradición todavía no se ha emitido, dado que estas consultas pueden ser consideradas “acciones” en el sentido del art. 5 del CEDH¹⁰⁶⁴.

En *Al Husin c. Bosnia y Herzegovina*, el Gobierno Bosnio sostiene que el demandante está legalmente detenido y se están tomando medidas con miras a su expulsión de conformidad con el art. 5.1, letra f). No obstante, el procedimiento de expulsión contra el demandante se inicia el 1 de febrero de 2011, mientras que el demandante es arrestado el 6 de octubre de 2008. Dado que la detención sólo se puede justificar mientras se encuentra pendiente un procedimiento de expulsión, el primer período de detención del demandante vulnera el art. 5.1 del CEDH¹⁰⁶⁵.

Según el TEDH, no se puede considerar que un procedimiento se encuentra “en curso, “si las autoridades estatales no tienen una perspectiva real de expulsar a las personas detenidas, sin exponerlas a un riesgo real de trato contrario al art. 3 del CEDH. Por ejemplo, en *M.S. c. Bélgica*, si las autoridades belgas hubieran encontrado un país de destino en el que el demandante no hubiera corrido el riesgo real de ser sometido a un trato contrario al art. 3, se hubiera cumplido con el requisito relativo a la perspectiva real de expulsión para justificar la existencia de un procedimiento de expulsión en curso¹⁰⁶⁶.

En el marco del DUE, tal y como establece el decimosexto considerando de la Directiva 2008/115/CE, el recurso al internamiento solo se justifica para preparar el retorno o llevar a cabo el procedimiento de expulsión y únicamente cuando no cabe la aplicación de medidas menos coercitivas. Por consiguiente, el DUE no se opone a la privación de libertad de un nacional de un tercer Estado por la irregularidad de su situación. Siempre y cuando se aplique el procedimiento de expulsión establecido en la Directiva 2008/115/CE y el extranjero en cuestión se encuentre en situación irregular en el EM de la UE, sin que exista un motivo justificado para no llevar a cabo la expulsión¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁶³ STEDH de 3 de julio de 2012, *Rustamov c. Rusia*, demanda n. 11209/10, p. 159; STEDH de 24 de abril de 2008, *Ismoilov y otros c. Rusia*, demanda n. 2947/06, p. 135; STEDH de 27 de abril de 2006, *Mohd c. Grecia*, demanda n. 11919/03; STEDH de 5 de febrero de 2002, *Conka c. Bélgica*, demanda n. 51564/99, p. 38; STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, demanda n. 22414/93, p. 112.

¹⁰⁶⁴ Decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 1980, *X. c. Suiza*, demanda n. 9012/80. En este sentido véase, LAMBERT, H., *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, 2007, p. 29.

¹⁰⁶⁵ STEDH de 7 de febrero de 2012, *Al Husin c. Bosnia y Herzegovina*, demanda n. 3727/08, p. 62.

¹⁰⁶⁶ STEDH de 21 de enero de 2012, *M.S. c. Bélgica*, demanda n. 50012/08, párs. 150 y 155.

¹⁰⁶⁷ STJUE de 6 de diciembre de 2011, *Achughbabian*, asunto C-329/11, apdo. 48.

Por ende, el internamiento llevado a cabo en el marco de la expulsión no menoscaba el objetivo de la Directiva 2008/115/CE, siempre y cuando las autoridades nacionales procedan a determinar, en el menor tiempo posible, la irregularidad o no de la situación en la que se encuentre el extranjero¹⁰⁶⁸.

Asimismo, cuando se procede a la expulsión de extranjeros en el marco de la Directiva Retorno, esta medida va acompañada de una prohibición de entrada (Capítulo V.6.10.). Si el extranjero, después de haber sido expulsado a su Estado de origen con ocasión de una decisión de retorno adoptada en el marco de la Directiva 2008/115/CE, infringe la prohibición de entrada y vuelve a entrar en un EM, este hecho puede conllevar su internamiento. La prohibición de entrada es complementaria al procedimiento de expulsión, por lo que su incumplimiento se encuadra en el ámbito de actuación de la Directiva 2008/115/CE¹⁰⁶⁹.

El fundamento del internamiento reside en que esta medida es adoptada en el marco de un procedimiento de expulsión establecido por la Directiva 2008/115/CE; cualquier otro internamiento llevado a cabo fuera de este contexto podría retrasar el retorno del extranjero, por lo que no se puede amparar bajo el paraguas de la Directiva Retorno¹⁰⁷⁰ (Capítulo VII.2.2.). Por ello un EM no puede internar a extranjeros sólo por entrar en su territorio ilegalmente antes de que se inicie un procedimiento de expulsión. Este es el supuesto de la Sra. *Affum*, de nacionalidad ghanesa, interceptada en el canal de la Mancha con documentación falsa cuando pretende entrar en Reino Unido desde Bélgica. Para justificar el internamiento de la demandante las autoridades francesas alegan el cumplimiento del acuerdo de readmisión firmado por Francia con los Estados del Benelux en 1964. El internamiento de esta señora durante más de veinte días tiene como objetivo que Francia reciba una respuesta de Bélgica con respecto a la readmisión de la extranjera¹⁰⁷¹. Según el TJUE,

¹⁰⁶⁸ STJUE de 6 de diciembre de 2011, *Achughbajian*, asunto C-329/11, apdo. 31.

¹⁰⁶⁹ STJUE de 1 de octubre de 2015, *Celaj*, asunto C-290/14, apdo. 31 y parte dispositiva. Véase a este respecto, BARTOLONI, M.E., “La direttiva rimpatri, il reingresso irregolare e la pena detentiva: una triangolazione dagli esiti...molto incerti”, *DUDI*, vol. 10, n. 1, 2016, 264-270.

¹⁰⁷⁰ Por tanto, es admisible la adopción de medidas tomadas y ejecutadas dentro del marco de un procedimiento de retorno siempre que brinden un cumplimiento íntegro de los parámetros exigidos en los arts. 6 a 8 de la Directiva 2008/115/CE, y no afecten a los requisitos recogidos en los arts. 15 y 16 de la misma, relativos al internamiento y a las condiciones del mismo. Por ello, una pena de arresto domiciliario puede obstaculizar la expulsión. Algo así no ocurre con la imposición de una pena pecuniaria, ya que esta no impide la rápida consecución del procedimiento, STJUE de 6 de diciembre de 2012, *Sagor*, asunto C-430/11, apdos. 30 y 31.

¹⁰⁷¹ Ello se debe a que Francia castiga, en su normativa interna, con tal pena la entrada ilegal de un nacional de un tercer país en el territorio francés a través de una frontera interior.

“La Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que permita el encarcelamiento de un nacional de un tercer país por el mero hecho de la entrada ilegal por una frontera interior desencadenante de una situación irregular cuando el procedimiento de retorno previsto por la precitada Directiva para aquel nacional aún no ha finalizado”¹⁰⁷².

A este respecto, la entrada ilegal en el territorio de un EM constituye uno de los supuestos por los que se da una situación de irregularidad administrativa contemplada en la Directiva Retorno. En aras al cumplimiento del art. 6.1 de la Directiva, los EM deben dictar una decisión de retorno contra cualquier extranjero en situación administrativa irregular, sin perjuicio de las excepciones previstas¹⁰⁷³. Una de las excepciones se da en el supuesto de que un EM se haga cargo del extranjero en virtud de los acuerdos bilaterales de readmisión que vinculen a estos Estados¹⁰⁷⁴. Empero, la eventual aplicación de un acuerdo de readmisión no permite a los EM excluir a un no nacional del ámbito de aplicación de la citada norma europea por el hecho de haber cruzado ilegalmente una frontera interior o haber sido detenido cuando intenta abandonar dicho espacio¹⁰⁷⁵.

Este acuerdo de readmisión determina el Estado encargado de llevar a cabo el procedimiento de retorno en virtud de dicho acuerdo. Por lo que el TJUE afirma que:

“la imposición de una pena de prisión al referido nacional y la subsiguiente ejecución de esa pena, antes de trasladarlo a este último Estado miembro demoraría la incoación del aludido procedimiento y, con ello, la efectiva expulsión del nacional de que se trate, privando así de efecto útil a la precitada Directiva¹⁰⁷⁶.”

¹⁰⁷² STJUE de 7 de junio de 2016, *Affum*, asunto C-47/15, apartado segundo, parte dispositiva.

¹⁰⁷³ STJUE de 7 de junio de 2016, *Affum*, asunto C-47/15, apdo. 79.

¹⁰⁷⁴ Como se ha señalado, “la celebración de acuerdos de readmisión se ha convertido en un instrumento jurídico para dotar de uniformidad a la acción exterior de la UE en materia de retorno”; PASCUAL VIVES, F.J., “La articulación convencional de una política comunitaria de retorno para los residentes irregulares”, en FERRER LLORET, J. y SANZ CABALLERO, S., *Protección de personas y grupos vulnerables. Especial referencia al Derecho internacional y europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 255-296, p. 273.

¹⁰⁷⁵ En *Affum*, la ciudadana ghanesa tiene como objetivo alcanzar Reino Unido, territorio no integrante de espacio Schengen. Debido a que la Directiva Retorno contiene disposiciones del acervo Schengen no aplicables a Reino Unido, este Estado no está vinculado por esta Directiva. Asimismo, que la inmigrante estuviera en Francia en situación de tránsito hacia Reino Unido no impide que la Directiva sea de aplicación. En este sentido, la AG, Maciej Szpunar mantiene que extranjeros internados deben haber sido detenidos o interceptados “con ocasión del cruce irregular” de una frontera exterior, de lo que se infiere una relación temporal y espacial directa con el cruce de la frontera. De este modo se enmarca a los extranjeros que son detenidos o interceptados por las autoridades competentes en el momento en que cruzan de forma ilegal la frontera exterior o, si ya la han cruzado, cuando se encuentran en las proximidades de esta; Conclusiones del AG, Maciej Szpunar, presentadas el 2 de febrero de 2016, *Affum*, asunto C-47/15, punto 41.

¹⁰⁷⁶ STJUE de 7 de junio de 2016, *Affum*, asunto C-47/15, pár.88.

2.3. La notificación al extranjero de la medida de detención

El art. 5.2 del CEDH establece una garantía esencial para la detención de cualquier persona: el derecho a que toda persona detenida sea informada, a la mayor brevedad posible y en una lengua que comprenda, de los fundamentos legales y fácticos esenciales de su privación de libertad, así como de cualquier acusación formulada contra ella. Esta disposición es parte integrante del esquema de protección que ofrece el art. 5 del CEDH¹⁰⁷⁷. De este modo se brinda al sujeto la posibilidad de poder solicitar a un tribunal que impugne la legalidad de la medida de detención. A pesar de que la disposición establece que esta información debe ser transmitida al detenido sin demora, no es necesario que el agente que ha procedido a la detención traslade esta información en el mismo instante en el que la detención es efectuada. Las características especiales de cada supuesto son las que permiten determinar si son suficientes el contenido y la rapidez con la que se transmite la información¹⁰⁷⁸.

Por lo general, la noción de prontitud que se debe aplicar en los supuestos relativos a la notificación de la detención suele referirse a un lapso de tiempo de pocas horas desde la detención. Por ejemplo, en *Saadi c. Reino Unido* se concluye la vulneración del art. 5.2 del CEDH, debido a que transcurrieron setenta y seis horas desde la detención de los solicitantes hasta el momento en el que se les informa de los motivos de la misma¹⁰⁷⁹. En *Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*, se concluye la existencia de una violación de ese mismo precepto al producirse una demora de cuatro días¹⁰⁸⁰. Al mismo resultado se llega ante una demora de diez días en *Rusu c. Austria*, en el que, además, la información es proporcionada en un idioma que el demandante no conoce¹⁰⁸¹.

En este sentido, se debe considerar que la notificación de la decisión de detención constituye un precursor para el derecho del sujeto a iniciar un procedimiento de revisión de la legalidad de su detención. Los EP tienen la obligación de proporcionar información a los extranjeros detenidos de su derecho a la revisión judicial de la detención y a la

¹⁰⁷⁷ En este sentido, STEDH de 25 de enero de 2018, *J.R. y otros c. Grecia*, demanda n. 22696/16, pár. 123.

¹⁰⁷⁸ STEDH de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia*, demanda n. 16483/12, pár. 115; STEDH de 5 de febrero de 2002, *Čonka c. Bélgica*, demanda n. 51564/99, pár. 50.

¹⁰⁷⁹ STEDH de 29 de enero de 2008, *Saadi c. Reino Unido*, demanda n. 13229/03, párs. 55 y 56.

¹⁰⁸⁰ STEDH de 12 de abril de 2005, *Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*, demanda n. 36378/02, pár. 416.

¹⁰⁸¹ STEDH de 2 de octubre de 2008, *Rusu c. Austria*, demanda n. 34082/02, pár. 43. Véase también, de 5 de febrero de 2013, *Zokhidov c. Rusia*, demanda n. 67286/10, pár. 174.

adopción de medidas procesales¹⁰⁸². Como es evidente, dicho recurso no puede hacerse efectivo a menos que el sujeto sea informado con prontitud, y de manera adecuada, de las razones en las que se basa la decisión por la que se le priva de su libertad. Además, si los motivos por los que la persona es detenida cambian, o surgen nuevos hechos relevantes relacionados con la detención, el detenido tiene derecho a esta información adicional¹⁰⁸³. En cualquier caso, no se exige que la información que se proporcione al extranjero acerca la posibilidad de recurrir la legalidad de la detención deba ofrecer todos los detalles sobre el procedimiento para poder iniciarlo¹⁰⁸⁴.

El art. 5.2 del CEDH no exige que la comunicación al extranjero de los motivos de la detención deba hacerse por escrito, así como tampoco requiere ninguna otra exigencia concreta¹⁰⁸⁵. Por ejemplo, en *M.A. c. Chipre* no se considera que se viole el art. 5.2 del CEDH por el hecho de informar verbalmente al demandante, una vez verificada su identidad, de los motivos de su detención y de la decisión de expulsarlo inminentemente¹⁰⁸⁶. No obstante, una simple indicación del fundamento jurídico de la detención es insuficiente, por lo que se requiere que las autoridades presenten al extranjero detenido elementos fácticos que justifiquen la adopción de esta medida¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸² STEDH de 22 de septiembre de 2009, *Abdolkhani y Karimnia c. Turquía*, demanda n. 30471/08, párr. 136; STEDH de 12 de abril de 2005, *Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*, demanda n. 36378/02, párrs. 413 y 414.

¹⁰⁸³ STEDH de 23 de julio de 2013, *M.A. c. Chipre*, demanda n. 41872/10, párr. 227.

¹⁰⁸⁴ STEDH de 23 de julio de 2013, *Suso Musa c. Malta*, demanda n. 42337/12, párr. 116. Por su parte, el CPT sí precisa a los Estados los términos en los que se debe llevar a cabo la notificación. En concreto determina que, con el fin de que todos los extranjeros sean informados sin demora y en un idioma que comprendan de sus derechos y el procedimiento que les es aplicado durante la detención, todos ellos deben recibir un documento con dicha información. Además, este documento debe estar disponible en las lenguas más comunes entre los interesados y, si es necesario, deben ponerse a disposición de estos los servicios de un intérprete. Además, para confirmar que los extranjeros son informados de sus derechos en un idioma que pueden entender, el CPT insiste a los Estados en que los extranjeros deben confirmar su correcta notificación por escrito. CPT, Report to the authorities of the Kingdom of the Netherlands on the visits carried out to the Kingdom in Europe, Aruba, and the Netherlands Antilles by the CPT, CPT/Inf (2008) 2. Strasbourg, 5 February 2008, párr. 36; CPT, “Rapport au Gouvernement de la Roumanie relatif à la visite effectuée en Roumanie par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 8 au 19 juin 2006”, CPT/Inf (2008) 41. Strasbourg 11 décembre 2008, párr. 61. Asimismo, el CPT señala que el uso de otros detenidos como intérpretes, en principio, debe ser evitado; CPT, “Report to the Bulgarian Government on the visit to Bulgaria carried out by the CPT from 18 to 29 October 2010”, CPT/Inf (2012) 9. Strasbourg, 15 March 2012, párr. 53.

¹⁰⁸⁵ STEDH de 13 de septiembre de 2009 (decisión de admisibilidad), *Kane c. Chipre*, demanda n. 33655/06. A este respecto, debe tenerse en consideración que, si el motivo de la detención es la extradición del sujeto, la información proporcionada puede ser incluso menos completa; STEDH de 19 de noviembre de 2009, *Kaboulov c. Ucrania*, demanda n. 41015/04, párrs. 143 y 144; STEDH de 23 de julio de 2013, *M.A. c. Chipre*, demanda n. 41872/10, párr. 230.

¹⁰⁸⁶ STEDH de 23 de julio de 2013, *M.A. c. Chipre*, demanda n. 41872/10, párr. 233.

¹⁰⁸⁷ STEDH de 22 de septiembre de 2009, *Abdolkhani y Karimnia c. Turquía*, demanda n. 30471/08, párr. 138.

2.4. El examen de proporcionalidad en la decisión de adoptar la detención

El CDH interpreta el art. 9 del PIDCP en el sentido de que la detención no debe ser simplemente legal sino que, además, no puede imponerse bajo razones de conveniencia administrativa, como puede ser por ejemplo, la incapacidad de las autoridades de llevar a cabo un procedimiento sin la colaboración del interesado¹⁰⁸⁸. A la luz de las circunstancias del caso, es necesario demostrar que no existen medidas menos invasivas de los DDHH para lograr el mismo objetivo, consistente en la efectiva aplicación de la política de inmigración de los Estados. Estas medidas alternativas pueden consistir en la imposición de una fianza, la obligación de presentarse con periodicidad ante las autoridades, etc.¹⁰⁸⁹.

Por su parte, el art. 5 del CEDH no obliga a que los EP lleven a cabo un examen de proporcionalidad en el sentido de verificar si existen medidas alternativas a la detención menos invasivas para los DDHH y que, del mismo modo, permitan asegurar la correcta ejecución del procedimiento de expulsión¹⁰⁹⁰. Únicamente se exige que la detención se

¹⁰⁸⁸ CDH, comunicación n. 305/1988, *Hugo van Alphen c. Países Bajos*, CCPR/C/39/D/305/1988, 23 de julio de 1990, pár. 5.8. A este respecto, un autor señala que la detención, a efectos de cuantificar la dimensión que acoge el concepto de arbitrariedad, puede considerarse en este sentido si no está justificada en el contexto aplicado. Para llevar a cabo una aplicación en el caso por caso, el elemento de la proporcionalidad es un factor indispensable; NOWAK, M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, 2ª ed., Kehl: Engel, 2005, pp. 224 y 225.

¹⁰⁸⁹ CDH, comunicación n. 900/1999, *C. c. Australia*, CCPR/C/76/D/900/1999, 28 de octubre de 2002, pár. 8.2. En este sentido, la Relatora Especial para los DDHH de los Migrantes de 2002 instó a los Gobiernos a barajar: “[...]la posibilidad de abolir progresivamente toda posibilidad de detención administrativa[...] Cuando no sea posible tomar esta medida de inmediato, los Gobiernos deberían adoptar disposiciones para garantizar el respeto de los derechos humanos de los inmigrantes en el contexto de la privación de libertad y en particular[...]Velar porque existan para los migrantes medidas no privativas de libertad y otras opciones diferentes de la detención e, incluso, incorporar dichas medidas en la legislación y velar porque las condiciones que en ellas se establecen no sean discriminatorias para los extranjeros”; Comisión de DDHH, “Grupos e individuos específicos. Trabajadores migrantes. Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos”, E/CN.4/2003/85, 30 de diciembre de 2002, párs. 74 y 75. En el mismo sentido, Consejo de DDHH, “Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau”, A/HRC/20/24, 2 de abril de 2012. En el mismo sentido se pronuncia el Grupo de Trabajo sobre los Derechos Humanos de los migrantes, quien exhorta a los Estados a “desplegar esfuerzos coordinados para abandonar la detención de todos los migrantes, e invertir en alternativas que eviten castigar a los que llegan de forma irregular”; Consejo de DDHH, “Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, François Crépeau. Adición. Misión a Malta (6 a 10 de diciembre de 2014)”, A/HRC/29/36/Add.3, 8 de mayo de 2015, pár. 111. Muy recientemente, en la Resolución la AG del 19 de diciembre de 2018, por la que se aprueba el Pacto mundial para la migración segura, ordenada y regular, se establece como objetivo número trece, “utilizar la detención de migrantes solo como último recurso y buscar otras alternativas”: AGNU, Resolución aprobada el 19 de diciembre de 2018, “Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular”, A/RES/73/195, p. 23.

¹⁰⁹⁰ A este respecto, el TEDH mantiene que la letra f) del art. 5.1 proporciona un nivel diferente de la letra c) del mismo precepto; STEDH de 23 de julio de 2013, *M.A. c. Chipre*, demanda n. 41872/10, pár. 206; STEDH de 5 de febrero de 2002, *Čonka c. Bélgica*, demanda n. 51564/99, pár. 38; STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, demanda n. 22414/93, párs. 112 y 113.

adopte en el marco de un procedimiento de expulsión¹⁰⁹¹ y que se estén tomando medidas para ejecutar la decisión de expulsión (epígrafe 5.1.). En *A. y otros c. Reino Unido*, las autoridades del Reino Unido no han entablado negociaciones con Argelia o Jordania, con miras a obtener garantías de que los demandantes, nacionales de esos Estados, no serían objeto de tratos contrarios al art. 3 de ser trasladados a estos países; por tanto, el Reino Unido no está tomando medidas, de forma activa, con vistas a la expulsión de los demandantes, y la detención no es conforme con el CEDH¹⁰⁹².

Cuando existen obstáculos para la expulsión de un extranjero a un Estado determinado, pero en principio son posibles otros destinos, el TEDH permite la detención del extranjero a la espera de que las autoridades, mediante esfuerzos activos, organicen el traslado a un tercer Estado¹⁰⁹³. En *Chahal* la Gran Sala sostiene que la letra f) del art. 5.1 no exige que la detención de una persona contra la que está en curso un procedimiento de expulsión se estime necesaria, por ejemplo, para impedirle que cometa una infracción o que huya. Todo lo que se requiere en virtud de esta disposición es la adopción de medidas tendentes a ejecutar el procedimiento de expulsión en curso¹⁰⁹⁴.

En algunas situaciones el TEDH modula su jurisprudencia al exigir una conexión entre la detención del extranjero y el objetivo del Estado de expulsarlo del territorio. En *Yoh-Ekale Mwanje c. Bélgica*, aunque se reconoce que el periodo legal de tiempo de detención no se ha excedido de lo previsto en la normativa, las autoridades conocen la

¹⁰⁹¹ Por el contrario, la CorteIDH sí que exige que las medidas privativas de libertad sean utilizadas únicamente cuando sean necesarias y proporcionales en el supuesto concreto. Para ello, sostiene que: “es esencial que los Estados dispongan de un catálogo de medidas alternativas que puedan resultar efectivas para la consecución de los fines descritos. En consecuencia, serán arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, y mediante una evaluación individualizada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas que sean efectivas para alcanzar aquellos fines”; CorteIDH, *Caso Vélez Loor c. Panamá*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), pár. 171.

¹⁰⁹² STEDH de 19 de febrero de 2009, *A. y otros c. Reino Unido*, demanda n. 3455/05, pár. 167. En este sentido, STEDH de 3 de abril de 2014, *Oshlakov c. Rusia*, demanda n. 56662/09, pár. 112.

¹⁰⁹³ STEDH de 26 de julio de 2011, *M. y otros c. Bulgaria*, demanda n. 41416/08, pár. 73; STEDH de 26 de abril de 2007, *Gebremedhin (Gaberamadhien) c. Francia*, demanda n. 25389/05, párs. 74 y 75.

¹⁰⁹⁴ STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, demanda n. 22414/93, pár. 112. En este sentido, STEDH de 5 de febrero de 2002, *Čonka c. Bélgica*, demanda n. 51564/99, pár. 38; STEDH de 29 de enero de 2008, *Saadi c. Reino Unido*, demanda n. 13229/03, pár. 72; STEDH de 11 de octubre de 2007, *Nasrulloev c. Rusia*, demanda n. 656/06, pár. 69; STEDH de 23 de octubre de 2008, *Soldatenko c. Ucrania*, demanda n.2440/07, pár. 109. Algún autor señala que el art. 5.1 letra f) del CEDH requiere un examen que determine la necesidad de la medida en el caso concreto; RUEDIN, X.B., “Aliens’ and Asylum Seekers’ Detention Under Article 5(1)(f) ECHR”, *Revue Suisse de Droit International et de Droit Européen*, vol. 20, issue 4, 2010, 483- 499, p. 494. Otro autor señala que Esta restrictiva interpretación del art. 5.1.f) del CEDH puede ser considerada incompatible con la jurisprudencia relativa al art. 5 del CEDH, la cual hace de la proporcionalidad un requisito previo a la legalidad de la detención; WILSHER, D., “The administrative detention of non-nationals pursuant to immigration control: international and constitutional law perspectives”, *ICLQ*, vol. 53, octubre de 2004, 897-934, p. 905.

identidad exacta de la demandante, y esta siempre se ha presentado voluntariamente en la oficina de extranjería y ha iniciado diversos pasos para regularizar su situación; además, se encontraba afectada por el VIH, su salud se había deteriorado durante su detención y de haber sido puesta en libertad habría dependido de la asistencia médica de emergencia. A pesar de esta situación, las autoridades estatales no valoran la adopción de una medida menos severa que la detención que preserve el derecho a la libertad de la demandante y evite, de este modo, que permanezca detenida por siete semanas más. En estas circunstancias, el Tribunal no aprecia la conexión entre la detención de la demandante y el objetivo del Gobierno de expulsarla del territorio, y concluye que se ha vulnerado el art. 5 del CEDH¹⁰⁹⁵.

No obstante, como regla general, únicamente en el contexto de las disposiciones recogidas en las letras b), d) y e) del art. 5 del CEDH, ninguna relacionada con la detención de extranjeros a efectos de expulsión, se exige evaluar si la detención es necesaria para alcanzar el objetivo establecido en tales disposiciones. En estos casos, las autoridades únicamente pueden proceder a la detención una vez consideradas otras medidas menos severas, resultando estas insuficientes para salvaguardar el interés individual o público que se intenta asegurar mediante la detención¹⁰⁹⁶. Dado que la detención de extranjeros se recoge en la letra f), el examen de proporcionalidad no es de aplicación a este apartado del art. 5.

Si bien, el TEDH mantiene en *Rusu* que, aunque en la aplicación del art. 5.1 letra f) del CEDH no es preceptivo el examen de necesidad de la detención, esta ponderación sí que puede ser exigida si la normativa nacional así lo dispone. En este supuesto la legislación interna austriaca recoge un ineludible examen de proporcionalidad entre la detención y otras medidas menos severas aplicables. Si el CEDH menciona directamente a la ley nacional, como sucede en el art. 5 del CEDH, el cumplimiento de la normativa estatal es parte integrante de las obligaciones de los EP y, por esta razón, el TEDH es competente para supervisar el cumplimiento de la ley interna¹⁰⁹⁷. Además, la duración de

¹⁰⁹⁵ STEDH de 20 de diciembre de 2011, *Yoh-Ekale Mwanje c. Bélgica*, demanda n. 10486/10, párs. 124 y 125. En este sentido, STEDH de 21 de enero de 2012, *M.S. c. Bélgica*, demanda n. 50012/08, pár. 179.

¹⁰⁹⁶ STEDH de 18 de marzo de 2008, *Ladent c. Polonia*, demanda n. 11036/03, pár. 54; STEDH de 29 de enero de 2008, *Saadi c. Reino Unido*, demanda n. 13229/03, pár. 70; STEDH de 25 de enero de 2005, *Enhorn c. Suiza*, demanda n. 56529/00, pár. 44; STEDH de 8 de junio de 2004, *Hilda Hafsteinsdóttir c. Islandia*, demanda n. 40905/98, pár. 51; STEDH de 4 de abril de 2000, *Witold Litwa c. Polonia*, demanda n. 26629/95, pár. 78.

¹⁰⁹⁷ STEDH de 2 de octubre de 2008, *Rusu c. Austria*, demanda n. 34082/02, pár. 55. En la doctrina, GARCÍA ROCA, J. y DÍAZ CREGO, M., “Derecho de extranjería y jurisprudencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en AJA, E., ARANGO J. y ALONSO, J.O. (Dir.), *La inmigración en la encrucijada. Anuario*

la detención, en este contexto, es también un factor relevante en el cumplimiento del principio de seguridad jurídica¹⁰⁹⁸.

En el marco del DUE, de conformidad con el decimosexto considerando de la Directiva 2008/115/CE, así como de su art. 15.1, el internamiento solo será llevado a cabo cuando no existan otras medidas igual de eficientes, de carácter menos coercitivo, para preparar el retorno o llevar a cabo el proceso de expulsión de un extranjero, especialmente en los casos en los que exista un riesgo de fuga o el extranjero trate de evitar o dificultar el proceso de retorno¹⁰⁹⁹. Por tanto, el TJUE sí que exige que, en el marco de un procedimiento de expulsión, los EM lleven a cabo un examen de alternativas, priorizando aquellas de carácter menos coercitivo¹¹⁰⁰.

La Directiva Retorno prevé “una graduación de las medidas que han de tomarse para la ejecución de la decisión de retorno, graduación que va desde la medida que más libertad permite al interesado, a saber la concesión de un plazo para su salida voluntaria, hasta las medidas coercitivas que más la restringen, a saber, el internamiento en un centro especializado, debiendo garantizarse en todas esas fases el respeto del principio de proporcionalidad”¹¹⁰¹. El TJUE tiene en cuenta lo dispuesto en la CDFUE, en la que se

de la inmigración en España 2007 (edición 2008), CIDOB, 2009, 223-243, p. 234. Disponible en: http://www.cidob.org/es/publicaciones/serie_de_publicacion/anuario_de_la_inmigracion_en_espaa/la_inmigracion_en_la_encrucijada_anuario_de_la_inmigracion_en_espaa_2007_edicion_2008

¹⁰⁹⁸ STEDH de 29 de enero de 2008, *Saadi c. Reino Unido*, demanda n. 13229/03, pár. 70; STEDH de 25 de septiembre de 2003, *Vasileva c. Dinamarca*, demanda n. 52792/99, pár. 37; STEDH de 3 de diciembre de 2002, *Nowicka c. Polonia*, demanda n. 30218/96, pár. 61.

¹⁰⁹⁹ El TJUE, en concreto señala que: “[...]Se deduce del decimosexto considerando de dicha Directiva, así como del texto de su artículo 15, apartado 1, que los Estados miembros deben llevar a cabo la expulsión a través de las medidas menos coercitivas posibles. Únicamente en el supuesto de que la ejecución de la decisión de retorno en forma de expulsión pueda verse dificultada por el comportamiento del interesado, tras una apreciación de cada situación específica, esos Estados podrán privar de libertad a ese último mediante un internamiento”, STJUE de 28 de abril de 2011, *El Dridi*, asunto C-61/11 PPU, apdo. 39. El asunto *El Dridi*, es el primer caso en el que el Tribunal de pronuncia sobre un tema referente a la Directiva Retorno, tramitándolo por el procedimiento de urgencia debido a que se trataba de un privado de libertad con vistas a ser expulsado. En este asunto el TJUE decide que la norma italiana que introduce en 2009 el delito de inmigración ilegal al ser contraria al derecho comunitario. Esta norma se constituye como pieza clave del paquete de seguridad aprobado por el Gobierno de Berlusconi y castiga con penas de prisión de entre uno a cuatro años a los inmigrantes que no cumplen de forma inmediata las órdenes de expulsión en aras a la consecución de una política eficaz de alejamiento y repatriación. Véase en nota de prensa, El País, “El tribunal de la UE invalida el delito de inmigración ilegal que aprobó Italia”, 29 de abril de 2011. Disponible en: http://elpais.com/diario/2011/04/29/internacional/1304028017_850215.html

¹¹⁰⁰ En el art. 7.3 de la Directiva Retorno aparecen ejemplos de obligaciones que pueden imponerse durante el plazo de salida voluntaria para evitar el riesgo de fuga tales como: la presentación periódica ante las autoridades, el depósito de una fianza adecuada, la entrega de documentos o la obligación de proceder en un lugar determinado. A excepción de la entrega de documentos, el resto de alternativas señaladas también se contemplan en el art. 8.4. de la Directiva 2013/33/UE por la que se aprueban normas para la acogida de solicitantes de protección internacional, como alternativas al internamiento.

¹¹⁰¹ STJUE de 28 de abril de 2011, *El Dridi*, asunto C-61/11 PPU, apdo. 41. Como señala FALEH PÉREZ, “defender la detención y el internamiento de inmigrantes en situación administrativa irregular como regla general, va contra principios elementales de humanidad y contra lo que defendemos que es una norma

contempla la posibilidad de limitar el derecho a la libertad personal solo si esta restricción es limitada y proporcionada, además de corresponderse con los intereses generales reconocidos por la Unión¹¹⁰². Como defienden varios AG, en el DUE el internamiento a efectos de expulsión no tiene carácter punitivo¹¹⁰³ y no constituye una pena de prisión¹¹⁰⁴. Por ende, la Directiva Retorno exige, en este sentido, una interpretación estricta ya que, al tratarse de una privación de libertad, el internamiento forzoso supone una excepción al derecho fundamental a la libertad¹¹⁰⁵.

imperativa de derecho internacional: el derecho de toda persona a no sufrir privación arbitraria de su libertad”; FALEH PÉREZ, C., “El encierro de extranjeros en España: crítica y alternativas a los CIE desde el sistema universal de protección de los derechos humanos”, *Revista Electrónica Iberoamericana*, vol. 7, n. 2, 2013, 99-117, p. 108. Según un estudio de 2015 solo tres EM, Austria, Suiza y Reino Unido han adoptado una legislación que establezca una obligación legal de considerar la detención como último recurso. En Lituania es la jurisprudencia la que establece esta obligación. No obstante en estos Estados, además de Eslovenia y Bélgica –que fueron los Estados objeto de análisis para este estudio–, a pesar de que existen disposiciones legales para limitar en cierto modo la detención de grupos vulnerables, la existencia de esta condición de vulnerabilidad no obstaculiza la detención, salvo en casos de “extrema” o “visible” vulnerabilidad como en el supuesto de menores no acompañados o mujeres embarazadas, DE BRUYCKER, P. (Ed.), *Alternatives to immigration and asylum detention in the EU. Time for implementation*, Odysseus Network, enero de 2015, p. 117. Disponible en: <http://odysseus-network.eu/wp-content/uploads/2015/02/FINAL-REPORT-Alternatives-to-detention-in-the-EU.pdf>

¹¹⁰² Véanse los arts. 6 y 52 de la CDFUE. En este sentido, un estudio elaborado por la Comisión Europea en 2014 señala que un total de veinticuatro EM ofrecen alternativas a la detención. En Malta actualmente no se proporcionan alternativas a la detención, mientras que en Grecia las alternativas a la detención están previstas en la legislación nacional pero no se aplican en la práctica; Comisión Europea, “The use of detention and alternatives to detention in the context of immigration policies. Synthesis Report for the EMN Focused Study 2014”, p. 33. Disponible en: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/emn_study_detention_alternatives_to_detention_synthesis_report_en.pdf

¹¹⁰³ Conclusiones del AG, Yves Bot, presentadas el 30 de abril de 2014, *Bero y Bouzalmate*, asuntos acumulados C-473/13 y C-514/13, punto 91.

¹¹⁰⁴ Conclusiones del AG, Ján Mazák, presentadas el 1 de abril de 2011, *El Dridi*, asunto C-61/11 PPU, punto 35 y Conclusiones del AG, Melchior Wathelet, presentadas el 23 de agosto de 2013, *G. y R.*, asunto C-383/13 PPU, punto 54.

¹¹⁰⁵ Conclusiones del AG Ján Mazák, presentadas el 10 de noviembre de 2009, *Kadzoev*, asunto C-357/09 PPU, punto 70. Por ejemplo, en España, el TC ha establecido la constitucionalidad del internamiento de extranjeros como medida de carácter restringido donde el principio *favor libertatis* ha de regir en todo momento. Este principio lo que viene a decir es que la libertad de una persona debe ser respetada salvo que se estime indispensable por razones de cautela o de prevención, que habrán de ser valoradas por el órgano judicial; STC 41/1982, de 2 de julio (*BOE* n. 185, de 4 de agosto de 1982). Esta interpretación es posteriormente reiterada, entre otras, por la STC 115/1987, de 7 de julio (*BOE* n. 180, de 29 de julio de 1987); STC 144/1990, de 26 de septiembre (*BOE* n. 254, de 23 de octubre de 1990); STC 96/1995, de 19 de junio (*BOE* n. 175, de 24 de julio de 1995); STC 182/1996, de 12 de noviembre (*BOE* n. 303, de 17 de diciembre de 1996); STC 169/2008, de 15 de diciembre (*BOE* n. 8, de 9 de enero de 2009). Por tanto, el internamiento tiene carácter cautelar y es concebido como un medio para asegurar el éxito de una expulsión. Sin embargo, si se observan los últimos datos disponibles se puede observar que, en 2016, el 75% de las personas que ingresaron en un CIE procedían de accesos irregulares a territorio nacional; en 2017 ese porcentaje aumentó al 86%. Asimismo, el porcentaje de personas repatriadas desde los diferentes CIE españoles fue del 29% en 2016 y el 32% en 2017. Esto demuestra, como bien señala el Defensor del Pueblo Español que, “los CIE se vienen utilizando principalmente como recurso de coyuntura, desnaturalizando de este modo la medida del internamiento como instrumento destinado a asegurar la ejecución de una expulsión o una devolución”; Defensor del Pueblo, “Informe anual 2017. Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura”, Madrid, 2018, p. 120. Disponible en: https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2018/07/Informe_2017_MNP.pdf. Véase en prensa, *El País*, “Miles de inmigrantes «encarcelados» para nada”, 20 de marzo de 2017. Disponible en:

La Directiva Retorno aboga por la aplicación de un concepto amplio de proporcionalidad en los supuestos de expulsión, ya que subordina la aplicación de todas las medidas coercitivas al cumplimiento del principio de proporcionalidad¹¹⁰⁶. En *El Dridi*, el TJUE mantiene que se debe tener en cuenta la jurisprudencia del tribunal de Estrasburgo en relación a la duración del internamiento (epígrafe 5.1.), y se debe cumplir el principio de proporcionalidad en el procedimiento de retorno¹¹⁰⁷. Por tanto, una medida de internamiento aplicada de forma automática sin un examen de alternativas menos coercitivas constituye un internamiento manifiestamente arbitrario y, por consiguiente, contrario al DUE¹¹⁰⁸.

El examen de proporcionalidad no solo debe llevarse a cabo en el momento inicial de decidir el internamiento del extranjero. Si expira el plazo inicial de internamiento establecido en el art. 15.5 de la citada Directiva de Retorno, y las autoridades deben decidir sobre la posibilidad de prorrogar el internamiento inicial, se debe plantear nuevamente si cabe una opción menos severa que el internamiento o, directamente, la puesta en libertad. Para adoptar esta decisión las autoridades deben basarse en el estudio de los documentos presentados por la autoridad administrativa solicitante de la prórroga y prestar atención a todas las circunstancias del supuesto que hayan podido variar y puedan conducir a la adopción de una medida menos severa que el internamiento¹¹⁰⁹.

En el DUE no se regula el internamiento o su prórroga por motivos de orden público o seguridad nacional. Únicamente se tienen en consideración estas circunstancias de cara a evaluar la posibilidad de un riesgo de fuga. No obstante, el TJUE es meridianamente claro al sostener que:

https://elpais.com/politica/2017/02/03/actualidad/1486132000_254307.html Por consiguiente, parece que el internamiento en estos centros no está cumpliendo con la finalidad para la que fue proyectada, convirtiéndose, más bien, en centros de acogida para los extranjeros en situación administrativa irregular recién llegados a territorio español.

¹¹⁰⁶ Véase, en especial, el considerando 13, 16 y el art. 15 de la Directiva 2008/115/CE. Un estudio acerca de las diferentes alternativas al internamiento concluye que se puede alcanzar más de un 90% de índice de cumplimiento de la expulsión o de cooperación con el extranjero cuando se adoptan otras medidas distintas a la detención, además de darse un índice más alto de retorno voluntario; ACNUR y Alto Comisionado de las NU para los DDHH, “Mesa Redonda Global sobre alternativas a la detención de solicitantes de asilo, refugiados, migrantes y apátridas. Resumen de conclusiones”, Ginebra, Suiza, 11 a 12 de mayo de 2011, p. 16. Esta opinión es compartida por la FRA, quien añade que el miedo de incomparecencia del extranjero es el principal motivo por el que los Estados acuden a la detención en un primer momento, a pesar de la escasez de fugas que se dan en la práctica; FRA, “Detention of third-country nationals in return procedures”. Luxembourg 2011, p. 52. Disponible en: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1306-FRA-report-detention-december-2010_EN.pdf

¹¹⁰⁷ STJUE de 28 de abril de 2011, *El Dridi*, asunto C-61/11 PPU, apdo. 43.

¹¹⁰⁸ DI PASCALE, A. y NASCIBENE, B., “La sentencia del Tribunal de Justicia El Dridi y la inmigración irregular. Problemas y perspectivas en el derecho de la Unión Europea y en el Derecho italiano”, *REDE*, n. 42, 2012, 107-128, p. 127.

¹¹⁰⁹ STJUE de 5 de junio de 2014, *Mahdi*, asunto C-146/14 PPU, parte dispositiva.

“La posibilidad de poner en situación de internamiento a una persona por razones de orden público y de seguridad pública no puede tener fundamento en la Directiva 2008/115. Por tanto, ninguna de las circunstancias mencionadas por el tribunal remitente puede constituir por sí misma una causa de internamiento en virtud de las disposiciones sobre migración o las infracciones del Derecho penal¹¹¹⁰.”

Por otro lado, el concepto de “riesgo de fuga”, como motivo proporcional al internamiento de un extranjero en el marco de un procedimiento de expulsión, viene definido en el art. 3.7 de la Directiva Retorno como “la existencia de motivo en un caso concreto que se basen en criterios objetivos definidos por la ley y que hagan suponer que un nacional de un tercer país sujeto a procedimientos de retorno pueda fugarse”¹¹¹¹. El riesgo de incomparecencia debe ser valorado mediante un examen casuístico que tenga en cuenta criterios objetivos¹¹¹².

¹¹¹⁰ En palabras del TJUE: “La posibilidad de poner en situación de internamiento a una persona por razones de orden público y de seguridad pública no puede tener fundamento en la Directiva 2008/115. Por tanto, ninguna de las circunstancias mencionadas por el tribunal remitente puede constituir por sí misma una causa de internamiento en virtud de las disposiciones sobre migración o las infracciones del Derecho penal”, STJCE de 30 de noviembre de 2009, *Kadzoev*, asunto C-357/09 PPU, apdo. 70. En 2008, el Relator Especial para los DDHH de los Migrantes, pone de manifiesto la preocupación que desprenden los criterios legislativos de algunos Estados cuyas leyes antiterroristas permiten la detención de migrantes bajo argumentos vagos acerca de la supuesta amenaza para la seguridad nacional que supone la libertad del extranjero en cuestión. Esa amplia discrecionalidad y la gran enorme facultad de la que disponen los cuerpos administrativos del Estado para ordenar una detención administrativa pueden dar lugar a abusos y violaciones de los DDHH, Consejo de DDHH, “Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, Jorge Bustamante”, A/HRC/7/12, 25 de febrero de 2008, p. 48.

¹¹¹¹ En la mayoría de los Estados, los principales evaluadores del riesgo de fuga son la falta de documentación o el uso de una identidad falsa, la ausencia de un lugar de residencia, la manifestación explícita de la voluntad de incumplimiento, la no presentación ante las autoridades competentes o la existencia de condena por delitos. Otros criterios usados por los EM para evaluar el riesgo de fuga son el incumplimiento de una prohibición de entrada ya existente, el incumplimiento de una decisión de retorno, conductas previas (como puede ser una fuga anterior), la falta de medios económicos, ser objeto de una decisión de retorno en otro EM o el incumplimiento de la decisión de salida voluntaria; Comisión Europea, “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la política de retorno en la UE”, 28 de marzo de 2014, COM (2014) 199 final, pp. 16 y 17.

¹¹¹² STJUE de 5 de junio de 2015, *Madhi*, asunto C-146/14 PPU. Algún autor señala que esta falta de rigor a la hora de establecer que se entiende por riesgo de fuga deja un amplio margen de interpretación y, en consecuencia, de actuación a las autoridades nacionales de los EM, BASILIEN-GAINCHE, M.-L., “Immigration Detention under the Return Directive: The CJEU Shadowed Lights”, *EJML*, vol. 17, issue 1, 2015, 104-126, p. 112. Si bien la Comisión Europea señala que: “la conducta que haya tenido anteriormente una persona que plantee un riesgo para el orden público y la seguridad pública (por ejemplo, el incumplimiento de las leyes administrativas en ámbitos diferentes de la legislación sobre migración o las infracciones del Derecho penal) se puede tener en cuenta al evaluar si existe riesgo de fuga [...]. Si la conducta que haya tenido anteriormente la persona de que se trate permite concluir que probablemente no actuará en cumplimiento de la ley y evitará el retorno, ello puede justificar la decisión de que existe riesgo de fuga”; Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión de 16 de noviembre de 2017 por la que se establece un «Manual de Retorno» común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno. Bruselas, 16 de noviembre de 2017 (*DOUE L* 339/83, de 19 de diciembre de 2017), p. 140.

Por último, merece ser señalado que toda esta jurisprudencia del TJUE, en su momento motivó que, en las observaciones presentadas por la UE al calor del proceso codificador, se propusiera incluir en el Proyecto de la CDI que la detención solo pueda tener lugar si el extranjero objeto de expulsión puede entorpecer la expulsión o existe riesgo de fuga, todo ello siempre y cuando no existan medidas alternativas para impedir estas circunstancias. Pero esta propuesta no fue incluida en el Proyecto, ya que la CDI consideró que suponía limitar en demasiada medida la soberanía de los Estados, al restringir excesivamente los motivos por los que cabía proceder a la detención¹¹¹³. Por tanto, el órgano codificador dejó de lado el desarrollo progresivo del DI propuesto por la UE, en aras de que una amplia mayoría de Estados apoyaran el Proyecto de la CDI.

3. LAS GARANTÍAS PROCESALES EN EL MARCO DE LA DETENCIÓN

3.1. El derecho a plantear un recurso sobre la legalidad de la detención

Según el art. 5.4 del CEDH, “toda persona privada de su libertad mediante arresto o detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su detención y ordene su puesta en libertad si dicha detención fuera ilegal”. Por tanto, que la detención se adopte de conformidad con el art. 5.1 del CEDH, es decir, con arreglo al procedimiento establecido por la ley y en el contexto de un proceso de expulsión, debe permitir que el extranjero tenga acceso a un recurso judicial en las condiciones que se acaban de citar. Aunque el apdo. 1 y el apdo. 4 del art. 5, son dos disposiciones que configuran un mismo precepto, obedecen a cuestiones diferentes, por lo que la aplicación del apdo. 1 no implica una presunción *iure et de iure* de que el apdo. 4 es efectivamente cumplido¹¹¹⁴. La importancia del art. 5.4 del CEDH en el contexto de la expulsión ha sido puesta de relieve en más de una ocasión por el TEDH, como a continuación se comprobará¹¹¹⁵.

En efecto, el art. 5.4 del CEDH establece una suerte de *lex specialis*, en relación con los requisitos generales del recurso previsto en el art. 13 del CEDH (Capítulo VII.5.2.)¹¹¹⁶.

¹¹¹³ AGNU, Sexta Comisión, “Tema 79 del programa: informe de la CDI sobre la labor realizada en sus periodos de sesiones 63º y 64º”, A/C.6/67/SR.18, 4 de diciembre de 2012, pág. 61.

¹¹¹⁴ STEDH de 24 de septiembre de 1992, *Kolompar c. Bélgica*, demanda n. 11613/85, pág. 45.

¹¹¹⁵ Véase STEDH de 11 abril de 2013, *Firoz Muneer c. Bélgica*, demanda n. 56005/10, pág. 76 y jurisprudencia citada.

¹¹¹⁶ STEDH de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia*, demanda n. 16483/12, pág. 266.

El recurso especialmente previsto para los supuestos de detención, concede a las personas detenidas el derecho a incoar procedimientos para una revisión del cumplimiento de las condiciones procesales y sustantivas que son esenciales para la “legalidad” de su privación de libertad¹¹¹⁷. La noción de "legalidad", en este sentido, tiene el mismo significado que el analizado en el epígrafe 2.1. del presente Capítulo. De modo que una persona detenida tiene derecho a una revisión de la legalidad de su detención a la luz, no solo de los requisitos establecidos en la legislación nacional, sino también de las limitaciones o condiciones que deben ser cumplidas en virtud del CEDH¹¹¹⁸.

Como se ha señalado en el epígrafe 1.3. del presente Capítulo, la notificación de la decisión de detención al extranjero, además de ser un requisito necesario en aras de la seguridad jurídica y, en consecuencia, para que la detención no sea considerada arbitraria, también es el elemento precursor que permite la presentación de un recurso contra la detención. Cuando los demandantes no son informados de los motivos de su privación de libertad, su derecho a recurrir se encuentra privado de toda efectividad¹¹¹⁹. La noción de efectividad no impone un estándar uniforme e invariable aplicable con independencia del contexto, los hechos y las circunstancias¹¹²⁰. A este respecto, el Tribunal ha desarrollado los siguientes criterios que deben ser aplicados para valorar si el recurso es efectivo.

En primer lugar, el recurso debe estar disponible durante la detención del extranjero con el fin de que obtenga una rápida revisión judicial de la legalidad de la detención capaz de conducir, en su caso, a su liberación¹¹²¹. Por tanto, no abarca otros recursos que pueden servir para revisar la legalidad de un período de detención que ya ha finalizado¹¹²². El art. 5.4 del CEDH no garantiza el derecho a que el recurso judicial previsto en el ordenamiento interno del Estado tenga tal alcance que faculte al tribunal nacional que conozca del recurso para sustituir todos los aspectos del supuesto, incluidas las

¹¹¹⁷ STEDH de 23 de julio de 2013, *Suso Musa c. Malta*, demanda n. 42337/12, párr. 50; STEDH de 12 de febrero de 2013, *Amie y otros c. Bulgaria*, demanda n. 58149/08, párr. 80.

¹¹¹⁸ STEDH de 3 de julio de 2014, *Georgia c. Rusia (I)*, demanda n. 13255/07, párr. 183; STEDH de 10 de mayo de 2012, *Rahmani y Dineva c. Bulgaria*, demanda n. 20116/08, párr. 75; STEDH de 27 de julio de 2010, *Louled Massoud c. Malta*, demanda n. 24340/08, párr. 39; STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, demanda n. 22414/93, párr. 127.

¹¹¹⁹ STEDH de 21 de octubre de 2014, *Musaev c. Turquía*, demanda n. 72754/11, párr. 40; STEDH de 13 de julio de 2010, *Dbouba c. Turquía*, demanda n. 15916/09, párr. 54; STEDH de 22 de septiembre de 2009, *Abdolkhani y Karimnia c. Turquía*, demanda n. 30471/08, párr. 141; STEDH de 12 de abril de 2005, *Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*, demanda n. 36378/02, párr. 432; STEDH de 5 de febrero de 2002, *Conka c. Bélgica*, demanda n. 51564/99, párr. 51.

¹¹²⁰ STEDH de 27 de julio de 2010, *Louled Massoud c. Malta*, demanda n. 24340/08, párr. 40.

¹¹²¹ STEDH de 23 de julio de 2013, *Suso Musa c. Malta*, demanda n. 42337/12, párr. 51; STEDH de 11 de febrero de 2010, *Raza c. Bulgaria*, demanda n. 31465/08, párr. 76.

¹¹²² STEDH de 9 de octubre de 2003, *Slivenko c. Letonia*, demanda n. 48321/99, párr. 158.

consideraciones relativas a la oportunidad de la medida; decisión que corresponde a la autoridad que ha adoptado la decisión¹¹²³. Pero la revisión debe ser lo suficientemente amplia como para abarcar aquellas condiciones que son esenciales para la detención “legal” de una persona de acuerdo con el art. 5¹¹²⁴. Por ello, el tribunal de revisión no debe poseer funciones de mera asesoría, sino que debe tener la competencia para decidir la “legalidad” de la detención, lo que implica ordenar la liberación si la detención es ilegal¹¹²⁵.

En segundo lugar, esa revisión debe tener carácter judicial y proporcionar garantías adecuadas para el tipo de privación de libertad¹¹²⁶. En el contexto del art. 5 del CEDH y con el fin de brindar todas las garantías en contra de la arbitrariedad, es fundamental que un acto de privación de libertad pueda ser susceptible de control judicial independiente, al margen de la duración de la detención¹¹²⁷. Para hacer efectiva esta posibilidad, es necesario que la persona interesada tenga acceso a un tribunal así como la oportunidad de ser escuchada en persona o por medio de algún representante¹¹²⁸. Tal es la importancia que el TEDH brinda al control judicial efectivo de la legalidad de la detención por parte de las autoridades nacionales, que ni motivos de seguridad nacional o lucha contra el terrorismo pueden permitir al Estado prescindir del control judicial efectivo¹¹²⁹.

Además, el juez nacional debe verificar que la detención, a la luz de la legislación nacional, se ajusta a los principios generales consagrados en el CEDH y que respeta el propósito del art. 5.1 letra f); esto es, que la detención tiene lugar en el marco de un procedimiento de expulsión. Partiendo de esta base, el tribunal de Estrasburgo considera que no satisface los requisitos del art. 5.4 un sistema que no permite al juez nacional examinar la legalidad de la expulsión, medida que se configura como fundamento jurídico

¹¹²³ STEDH de 12 de julio de 2016, *A.M. y otros c. Francia*, demanda n. 24587/12, párr. 74; STEDH de 31 de julio de 2012, *Mahmundi y otros c. Grecia*, demanda n. 14902/10, párr. 90; STEDH de 12 de diciembre de 2013, *Khuroshvili c. Grecia*, demanda n. 58165/10, párr. 120; STEDH de 6 de marzo de 2001, *Dougoz c. Grecia*, demanda n. 40907/98, párr. 61.

¹¹²⁴ STEDH de 19 de enero de 2012, *Popov c. Francia*, demanda n. 39472/07 y 39474/07, párr. 94; STEDH de 11 de junio de 2009, *S.D. c. Grecia*, demanda n. 53541/07, párr. 72.

¹¹²⁵ STEDH de 14 de febrero de 2017, *S.K. c. Rusia*, demanda n. 52722/15, párr. 106; STEDH de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia*, demanda n. 16483/12, párr. 128; STEDH de 23 de julio de 2013, *M.A. c. Chipre*, demanda n. 41872/10, párr. 160; STEDH de 11 de junio de 2009, *S.D. c. Grecia*, demanda n. 53541/07, párr. 76; STEDH de 19 de febrero de 2009, *A. y otros c. Reino Unido*, demanda n. 3455/05, párr. 2002; STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, demanda n. 22414/93, párr. 130.

¹¹²⁶ STEDH de 19 de mayo de 2016, *J.N. c. Reino Unido*, demanda n. 37289/12, párr. 88.

¹¹²⁷ STEDH de 26 de julio de 2011, *M. y otros c. Bulgaria*, demanda n. 41416/08, párr. 83.

¹¹²⁸ STEDH de 20 de junio de 2002, *Al-Nashif c. Bulgaria*, demanda n. 50963/99, párr. 92.

¹¹²⁹ Véase a este respecto la STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, demanda n. 22414/93.

de la detención¹¹³⁰. Tampoco satisface los requisitos de la citada disposición un ordenamiento jurídico en el que no se controla judicialmente la legalidad de la detención de un extranjero a quien le ha sido suspendida la orden de expulsión¹¹³¹, o que no permite al demandante solicitar al juez que examine sus quejas con respecto a las condiciones de detención¹¹³².

En tercer lugar, el recurso debe ser capaz de conducir, cuando corresponda, a la liberación del extranjero detenido. Además, el recurso debe ofrecer la suficiente seguridad jurídica no solo en teoría sino también en la práctica, lo que no ocurre si no tiene la accesibilidad y la efectividad requerida para los fines del art. 5.4 del CEDH¹¹³³.

En relación con este último requisito, las formas de revisión judicial que satisfacen las exigencias del art. 5.4 pueden variar de un contexto a otro y dependerán del tipo de privación de libertad en cuestión. El TEDH considera que no es tarea suya investigar cuál sería el sistema más apropiado en la esfera que se examina¹¹³⁴. No obstante, la existencia del recurso debe ser lo suficientemente segura, no solo en teoría sino también en la práctica, para lo que deberá ser accesible y eficaz¹¹³⁵.

La accesibilidad de un recurso implica, entre otras cosas, que las circunstancias creadas voluntariamente por las autoridades estatales sean tales que permitan a los solicitantes una posibilidad real de hacer uso del recurso¹¹³⁶. Por ejemplo, en materia de asistencia letrada gratuita, los Estados no están obligados a proporcionarla en los procedimientos de detención¹¹³⁷. Pero la ausencia de tal asistencia puede plantear un problema con respecto a la accesibilidad de los recursos¹¹³⁸. En *Abdolkhani y Karimnia c. Turquía* se concluye que el sistema jurídico turco no proporciona a los solicitantes de asilo acceso a la revisión judicial de la legalidad de su detención, ya que estos han sido

¹¹³⁰ STEDH de 26 de noviembre de 2009, *Tabesh c. Grecia*, demanda n. 8256/07.

¹¹³¹ STEDH de 11 de junio de 2009, *S.D. c. Grecia*, demanda n. 53541/07.

¹¹³² STEDH de 12 de julio de 2016, *A.M. c. Francia*, demanda n. 56324/13; STEDH de 11 de febrero de 2016, *R.T. c. Grecia*, demanda n. 5124/11.

¹¹³³ STEDH de 26 de abril de 2012, *Molotchko c. Ucrania*, demanda n. 12275/10, pár. 147; STEDH de 11 de diciembre de 2008, *Muminov c. Rusia*, demanda n. 42502/06, pár. 113; STEDH de 24 de abril de 2008, *Ismoilov y otros c. Rusia*, demanda n. 2947/06, pár. 145.

¹¹³⁴ STEDH de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia*, demanda n. 16483/12, pár. 129.

¹¹³⁵ STEDH de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia*, demanda n. 16483/12, pár. 130; STEDH de 22 de septiembre de 2009, *Abdolkhani y Karimnia c. Turquía*, demanda n. 30471/08, pár. 139; STEDH de 12 de abril de 2005, *Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*, demanda n. 36378/02, pár. 433; STEDH de 6 de marzo de 2001, *Dougoz c. Grecia*, demanda n. 40907/98, pár. 55; STEDH de 25 de junio de 1996, *Amuur c. Francia*, demanda n. 19776/92, pár. 50.

¹¹³⁶ STEDH de 23 de julio de 2013, *M.A. c. Chipre*, demanda n. 41872/10, pár. 160; STEDH de 5 de febrero de 2002, *Čonka c. Bélgica*, demanda n. 51564/99, párs. 46 y 46.

¹¹³⁷ STEDH de 23 de julio de 2013, *Suso Musa c. Malta*, demanda n. 42337/12, pár. 61.

¹¹³⁸ STEDH de 22 de septiembre de 2009, *Abdolkhani y Karimnia c. Turquía*, demanda n. 30471/08, pár. 141; STEDH de 25 de junio de 1996, *Amuur c. Francia*, demanda n. 19776/92, pár. 53.

informados de los motivos de su privación de libertad, además de haberseles denegado asistencia jurídica durante su detención¹¹³⁹.

Además de efectivo, el recurso debe permitir decidir “rápidamente” la legalidad de la detención, y debe conllevar la liberación del sujeto si se considera que la detención no es legal¹¹⁴⁰. De nuevo, el término “rapidez” varía en función de las circunstancias del supuesto concreto. Dado que la libertad del individuo está en juego, el Estado debe garantizar que los procedimientos se desarrollan lo más rápido posible¹¹⁴¹. La rapidez de la decisión debe determinarse caso por caso, para lo que hay que tener en cuenta la complejidad del procedimiento, el comportamiento de las autoridades nacionales y del demandante, así como los intereses en juego para este último¹¹⁴². En *M.A. c. Chipre*, a la hora de valorar la “rapidez” del recurso, el TEDH observa que la duración media de un recurso para impugnar la legalidad de una orden de detención es de ocho meses. Este periodo es demasiado prolongado a los fines del cumplimiento del art. 5.4 del CEDH¹¹⁴³.

Asimismo, se debe evaluar la complejidad o sencillez que plantean los procedimientos de revisión para determinar si el tiempo empleado para su resolución puede traducirse en una rapidez aceptable conforme al art. 5.4 del CEDH. Para ello, se deben analizar factores tales como si el procedimiento requiere de una investigación detallada, si es necesario recopilar observaciones y documentos adicionales, la traducción de documentos complejos o la celebración de una audiencia¹¹⁴⁴.

El recurso debe tramitarse en el marco de un procedimiento imparcial. El requisito de imparcialidad procesal en virtud del art. 5.4 no impone un estándar uniforme e invariable que se aplique independientemente del contexto, los hechos y las circunstancias. Aunque en este contexto no se exigen las mismas garantías que las previstas para los litigios penales o civiles, de conformidad con el art. 6 del CEDH, el recurso debe tener carácter

¹¹³⁹ STEDH de 22 de septiembre de 2009, *Abdolkhani y Karimnia c. Turquía*, demanda n. 30471/08, párr. 141.

¹¹⁴⁰ STEDH de 23 de julio de 2013, *M.A. c. Chipre*, demanda n. 41872/10, párr. 160; STEDH de 27 de julio de 2010, *Louled Massoud c. Malta*, demanda n. 24340/08, párr. 39.

¹¹⁴¹ STEDH de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia*, demanda n. 16483/12, párr. 131; STEDH de 23 de julio de 2013, *M.A. c. Chipre*, demanda n. 41872/10, párr. 163.

¹¹⁴² STEDH de 21 de julio de 2015, *Nassr Allah c. Letonia*, demanda n. 66166/13, párr. 69; STEDH de 18 de octubre de 2010, *Bubullima c. Grecia*, demanda n. 41533/08, párr. 27.

¹¹⁴³ STEDH de 23 de julio de 2013, *M.A. c. Chipre*, demanda n. 41872/10, párr. 167.

¹¹⁴⁴ Véase STEDH de 21 de julio de 2015, *Nassr Allah c. Letonia*, demanda n. 66166/13, párrs. 73 y 73 en contraste con STEDH de 15 de noviembre de 2011, *Longa Yonkeu c. Letonia*, demanda n. 57229/09, párrs. 41, 43 y 157.

judicial y proporcionar garantías adecuadas al tipo de privación de libertad de que se trata¹¹⁴⁵.

Con carácter general, si un EP acumula un importante historial de demandas en Estrasburgo, porque alberga un sistema legal que no proporciona recursos a los extranjeros privados de libertad para que puedan impugnar la legalidad de la medida, el propio Estado debe aportar práctica administrativa y judicial interna con la que se demuestre que dispone de un sistema jurídico conforme a las exigencias del art 5.4 del CEDH. Por ejemplo, en *Alimov c. Turquía*, se recuerda que ya se ha fallado la violación del art. 5.4 del CEDH en supuestos similares al planteado. En todos ellos se concluye que el sistema legal turco no proporciona a los demandantes el acceso a un recurso con el que puedan obtener una revisión de la legalidad de su detención¹¹⁴⁶. El Gobierno turco tampoco presenta ningún ejemplo que demuestre que los tribunales administrativos examinan rápidamente los recursos planteados con ocasión de la detención y que, ante la ilegalidad de la misma, ordenan la liberación de la persona y le conceden una indemnización¹¹⁴⁷.

Asimismo, por lo que respecta a los procedimientos de reparación, el EP debe ser capaz de demostrar, aportando referencias de su jurisprudencia interna, la efectividad práctica de los recursos disponibles en su ordenamiento jurídico. En varios casos planteados contra Malta en el contexto de la detención de extranjeros, se reconoce la dificultad de que existan ejemplos de jurisprudencia interna en este sentido en instancias judiciales inferiores, como sucede en este Estado del Mediterráneo, ya que el número de supuestos relacionados con un tipo específico puede ser menor; con todo, el Estado debe

¹¹⁴⁵ STEDH de 23 de julio de 2013, *M.A. c. Chipre*, demanda n. 41872/10, pár. 161; STEDH de 19 de febrero de 2009, *A. y otros c. Reino Unido*, demanda n. 3455/05, pár. 203.

¹¹⁴⁶ STEDH de 13 de julio de 2010, *Dbouba c. Turquía*, demanda n. 15916/09, pár. 54; STEDH de 13 de abril de 2010, *Tehrani y otros c. Turquía*, demandas nos. 32940/08, 41626/08, 43616/08, pár. 79; STEDH de 22 de septiembre de 2009, *Abdolkhani y Karimnia c. Turquía*, demanda n. 30471/08, pár. 142. En este sentido respecto a otras legislaciones estatales véase; STEDH de 11 de junio de 2009, *S.D. c. Grecia*, demanda n. 53541/07, párs. 70 a 73; STEDH de 12 de abril de 2005, *Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*, demanda n. 36378/02, pár. 432.

¹¹⁴⁷ STEDH de 6 de septiembre de 2016, *Alimov c. Turquía*, demanda n. 14344/13, pár. 50. En este sentido véase STEDH de 23 de julio de 2013, *Suso Musa c. Malta*, demanda n. 42337/12, pár. 55. El TEDH también condena a la Federación de Rusia en numerosas ocasiones debido a que a la ausencia de un mecanismo que permita a las personas iniciar procedimientos para el examen de legalidad de su detención en el procedimiento de expulsión; STEDH de 26 de enero de 2016, *R. c. Rusia*, demanda n. 11916/15, pár. 99; STEDH de 15 de octubre de 2015, *L.M. y otros c. Rusia*, demandas nos. 40081/14, 40088/14 y 40127/14, pár. 142; STEDH de 15 de enero de 2015, *Eshonkulov c. Rusia*, demanda n. 68900/13, párs. 57 a 60; STEDH de 17 de julio de 2014, *Kim c. Rusia*, demanda n. 44260/13, párs. 39 a 43; STEDH de 10 de julio de 2014, *Rakhimov c. Rusia*, demanda n. 50552/13, párs. 148 a 150; STEDH de 26 de junio de 2014, *Egamberdiyev c. Rusia*, demanda n. 34742/13, pár. 64; STEDH de 28 de mayo de 2014, *Akram Karimov c. Rusia*, demanda n. 62892/12, párs. 199 a 204; STEDH de 18 de abril de 2013, *Azimov c. Rusia*, demanda n. 67474/11, pár. 153.

ser capaz de aportar algún precedente jurisprudencial de reparación efectiva a los efectos de valorar si cumple o no con el art. 5.4 del CEDH¹¹⁴⁸.

En su jurisprudencia el TEDH deja claro que la existencia de un recurso efectivo para impugnar la legalidad y la duración de la detención es una garantía procesal pertinente contra la arbitrariedad. Si bien, la existencia de tal recurso, *per se*, no garantiza que un sistema nacional de detención de extranjeros cumple con los requisitos del art. 5.1, letra f) del CEDH¹¹⁴⁹. Por ejemplo, en *Auad c. Bulgaria* se sostiene que el hecho de que la detención del demandante esté sujeta a una revisión judicial periódica automática ofrece una importante salvaguardia contra la arbitrariedad, pero no por ello puede considerarse un factor que determine la ausencia total de arbitrariedad de la detención¹¹⁵⁰.

3.2. La revisión del internamiento

3.2.1. La revisión de la legalidad del internamiento

En el art. 19.3, letra a) del Proyecto de la CDI se dispone que “la detención de un extranjero se examinará a intervalos regulares sobre la base de criterios precisos definidos por la ley”. En sus comentarios la CDI aclara que es la detención como tal, y no la decisión inicial por la que se decide la detención, la que debe ser objeto de revisión. Se trata de una garantía que se establece como consecuencia del carácter no punitivo de la detención¹¹⁵¹.

En este sentido, el CDH considera que la revisión de la detención de un extranjero a efectos de expulsión, además de un requisito de la propia detención, es preceptiva con el fin de que el tribunal competente pueda volver a examinar la necesidad de la medida y, de este modo, justificar su mantenimiento, de conformidad con el art. 9 del PIDCP¹¹⁵².

¹¹⁴⁸ STEDH de 12 de enero de 2016, *Moxamed Ismaaciil y Abdirahman Warsame c. Malta*, demandas nos. 52160/13 y 52165/13, pár. 116; STEDH de 23 de julio de 2013, *Aden Ahmed c. Malta*, demanda n. 55352/12, pár. 63; STEDH de 27 de julio de 2010, *Louled Massoud c. Malta*, demanda n. 24340/08, párs. 46 y 47.

¹¹⁴⁹ STEDH de 19 de mayo de 2016, *J.N. c. Reino Unido*, demanda n. 37289/12, pár. 87; STEDH de 27 de julio de 2010, *Louled Massoud c. Malta*, demanda n. 24340/08, pár. 71.

¹¹⁵⁰ STEDH de 11 de octubre de 2011, *Auad c. Bulgaria*, demanda n. 46390/10, pár. 132.

¹¹⁵¹ Proyecto de la CDI, Doc. A/69/10, comentario 8), a la propuesta de art. 19, pp. 54 y 55.

¹¹⁵² CDH, comunicación n. 1069/2002, *Bakhtiyari c. Australia*, CCPR/C/79/D/1069/2002, 29 de octubre de 2003, párs. 9.4 y ss. En este sentido, el Grupo de Trabajo sobre detención arbitraria establece que la detención de extranjeros se considera arbitraria si los solicitantes de asilo, inmigrantes y refugiados son objeto de detención administrativa prolongada sin posibilidad de examen o recurso administrativo judicial; Comisión de DDHH, Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, “Principios y Directrices Básicos de las Naciones Unidas sobre los Recursos y Procedimientos relacionados con el Derecho de Toda Persona Privada de Libertad a Recurrir ante un Tribunal”, A/HRC/30/37, 6 de julio de 2015, pár. 10, letra d).

Por su parte, el control judicial independiente es una garantía fundamental en el contexto del objetivo que subyace al art. 5, consistente en proporcionar salvaguardias contra la arbitrariedad. Lo que está en juego es tanto la protección de la libertad física de los individuos, como su seguridad personal. La falta de salvaguardias efectivas contra la detención arbitraria podría derivar en una subversión del Estado de derecho y colocar a los detenidos fuera de las normas más rudimentarias de protección legal¹¹⁵³.

Por su parte, el art. 15.2 de la Directiva Retorno preceptúa que si la decisión de internamiento es ordenada por una autoridad administrativa se establecerá un control judicial rápido de la medida adoptada¹¹⁵⁴. Si esta última autoridad judicial determina que el internamiento es ilegal, el extranjero será puesto en libertad de forma inmediata. No obstante la Directiva no prevé el resarcimiento a esta persona por la ilegalidad de su privación de libertad, por lo que “este silencio choca frontalmente con el artículo 5.5 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”¹¹⁵⁵.

El art. 15.3 de la Directiva 2008/115/CE regula el derecho del extranjero a que, cuando lo solicite, se revise la medida de internamiento a intervalos razonables, además de poder revisarse de oficio. Las autoridades encargadas de realizar la revisión del internamiento con arreglo a la citada disposición no están obligadas a adoptar en cada una de las revisiones un acto escrito con la exposición de las razones de hecho y de derecho sobre las que se basa la revisión y su conclusión¹¹⁵⁶. Con respecto a la revisión de la medida, el TJUE otorga un margen de discrecionalidad a los EM ya que, ante la inexistencia de normas acerca de las modalidades procedimentales relativas a la revisión del internamiento, son los EM los que deben regular tales modalidades, de acuerdo con el principio de autonomía procesal, y siempre garantizando el respeto a los derechos

¹¹⁵³ STEDH de 20 de junio de 2002, *Al-Nashif c. Bulgaria*, demanda n. 50963/99, párr. 92; STEDH de 19 de febrero de 2009, *A. y otros c. Reino Unido*, demanda n. 3455/05, párr. 202; STEDH de 26 de julio de 2011, *M. y otros c. Bulgaria*, demanda n. 41416/08, párr. 83; STEDH de 25 de mayo de 1988, *Kurt c. Turquía*, demanda n. 15/1997/799/1002, párr. 123. En términos similares se pronuncia el CPT; CPT, “19th General Report of the CPT (1 August 2008-31 July 2009)”, CPT/Inf (2009) 27. Council of Europe Publishing, 2009, párr. 86.

¹¹⁵⁴ En este sentido, el TC señala que el hecho de que el internamiento de un extranjero se trate de una decisión adoptada por un órgano judicial preserva el art. 25.3 de la CE que prohíbe a la Administración Civil imponer sanciones que directa o subsidiariamente impliquen una privación de libertad; STC 115/1987, de 7 de julio (*BOE* n. 180, de 29 de julio de 1987).

¹¹⁵⁵ BOU FRANCH, V., REIG FABADO, I., “La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular”, *RGDE*, n. 19, 2009, 1-46, p. 35.

¹¹⁵⁶ STJUE de 5 de junio de 2014, *Mahdi*, asunto C- 146/14 PPU, apdo. 47.

fundamentales y en general la efectividad del acervo comunitario¹¹⁵⁷. No obstante, si la revisión del internamiento y la adopción de la decisión sobre la continuidad del mismo se producen en la misma etapa procesal, el TJUE exige que la revisión tenga lugar mediante acto escrito motivado. Si la autoridad que conoce de un procedimiento de revisión al término del período máximo de internamiento inicial autorizado por el art. 15.5 se pronuncia sobre la continuidad de dicho internamiento, la autoridad se encuentra obligada a adoptar su decisión mediante un acto escrito¹¹⁵⁸.

3.2.2. La prórroga del plazo inicial de detención

El art. 19.2, letra b) del Proyecto de la CDI permite prolongar la duración de la detención tanto por una autoridad judicial como por otra autoridad, en este último caso con sujeción a control judicial. La finalidad de esta disposición es evitar eventuales abusos por parte de las autoridades administrativas en relación a la duración de la detención¹¹⁵⁹. En este mismo sentido, la detención que se prolonga más allá del periodo inicial previsto requiere de la intervención de un tribunal como garantía contra la arbitrariedad¹¹⁶⁰.

En el DUE, el art. 15.6. de la Directiva Retorno permite la prórroga del internamiento previsto en apdo. 5 por un periodo de doce meses más, siempre y cuando el Estado haya sido diligente a la hora de adoptar todas las medidas dirigidas a expulsar al extranjero y, aun así, se presume que el procedimiento se dilatará debido a la falta de cooperación del extranjero o a causa de demoras burocráticas con terceros Estados. En su jurisprudencia el TJUE ha concretado los factores que ponen de manifiesto la falta de cooperación del extranjero, motivo que justifica la prórroga del internamiento. Estos son: la conducta del detenido durante el periodo de detención inicial en relación con el proceso; y el hecho de si el desarrollo del procedimiento de expulsión se está dilatando a consecuencia de dicha conducta. Por consiguiente, se establece una relación de causalidad entre la conducta del individuo y la duración de las actuaciones para determinar si el comportamiento del extranjero dificulta la ejecución de la expulsión y, en consecuencia, cabe castigar tal

¹¹⁵⁷ STJUE de 5 de junio de 2014, *Mahdi*, asunto C- 146/14 PPU, apdo. 50; SJUE de 8 de mayo de 2014, *H.N.*, asunto n. C-604/12, apdo. 41 y STJUE de 7 de diciembre de 2010, *VEBIC*, asunto n. C-439/08, apdo. 64.

¹¹⁵⁸ STJUE de 5 de junio de 2014, *Mahdi*, asunto C- 146/14 PPU, apdo. 1 de la parte dispositiva.

¹¹⁵⁹ Proyecto de la CDI, Doc. A/69/10, comentario 7), a la propuesta de art. 19, p. 54.

¹¹⁶⁰ STEDH de 27 de noviembre de 2003, *Shamsa c. Polonia*, demandas nos. 45355/99 y 45357/99, pár. 59.

comportamiento con la prórroga del internamiento. Esta relación de causalidad debe ser valorada por el juez nacional¹¹⁶¹.

Asimismo, la autoridad judicial que decida sobre la posibilidad de prorrogar el internamiento inicial está obligada a llevar a cabo un control de dicho internamiento. Ello ocurre aunque tal control no haya sido requerido expresamente por la autoridad que formula la solicitud y con independencia de si el internamiento del extranjero ha sido ya objeto de una revisión por la autoridad que ordena el internamiento inicial¹¹⁶².

Por último, respecto a la decisión por la que se decide la prórroga inicial del internamiento, esta decisión debe adoptarse, no solo a la luz de las pruebas presentadas por la autoridad que ha decidido la detención inicial, sino también a raíz de las observaciones del interesado, así como los hechos, pruebas y observaciones que este quiera presentar¹¹⁶³. Por lo que el extranjero internado tiene el derecho a ser oído antes de adoptar la decisión de prórroga ya que,

“[...] cuando en el marco de un procedimiento administrativo se ha decidido la prórroga de una medida de internamiento con vulneración a ser oído, el juez nacional competente para apreciar la legalidad de esa decisión solo puede ordenar el levantamiento de la medida de internamiento si estima, a la vista de todas las circunstancias de hecho y de Derecho de cada caso concreto, que esa vulneración ha privado efectivamente a quien la invoca de la posibilidad de ejercer mejor su defensa, en tal grado que ese procedimiento administrativo hubiera podido llevar a un resultado diferente”¹¹⁶⁴.

4. LAS CONDICIONES DE LA DETENCIÓN

4.1. La naturaleza de la detención de extranjeros a efectos de expulsión

El art. 19.1, letra. b) del Proyecto de la CDI establece que “el extranjero detenido a efectos de su expulsión, salvo en circunstancias excepcionales, estará separado de las

¹¹⁶¹ STJUE de 5 de junio de 2015, *Mahdi*, asunto C-146/14 PPU, apdo. 82. En este supuesto, el Sr. *Mahdi* es detenido en un paso fronterizo en Bulgaria, sin documentos y presentándose como nacional sudanés. Las autoridades búlgaras adoptan una decisión de expulsión contra el demandante y es ingresado en un centro de internamiento de extranjeros, pese a que este exige a las autoridades que para asegurar que correcta expulsión adopten una medida menos severa. Las autoridades búlgaras solicitan al representante de la embajada de Sudán que le expida un documento de viaje al demandante, si bien el representante se niega ya que argumenta que es imposible expedir un documento de viaje a una persona, como el Sr. *Mahdi*, que no desea retornar voluntariamente. Sobre este caso véase en la doctrina, ACOSTA ARCARAZO, D., “The Charter, detention and possible regularization of migrants in an irregular situation under the Returns Directive: *Mahdi*”, *Common Market Review*, vol. 52, issue 5, 2015, 1361-1378, p. 1376.

¹¹⁶² STJUE de 5 de junio de 2014, *Mahdi*, asunto C- 146/14 PPU, apdo. 56.

¹¹⁶³ STJUE de 5 de junio de 2014, *Mahdi*, asunto C- 146/14 PPU, apdos. 61 a 64.

¹¹⁶⁴ STJUE de 10 de septiembre de 2013, *G. y R.*, asunto C-383/13 PPU, apdo. 46.

personas condenadas a penas de privación de libertad”. Esta garantía es una consecuencia del principio recogido en el art. 19.1, letra a), en el que se afirma el carácter no punitivo de la detención¹¹⁶⁵. La redacción de esta disposición se inspira en el art. 10.2.a) del PIDCP, en el que se preceptúa que los procesados deberán estar separados de los condenados, con el fin de garantizar a los primeros un trato distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas¹¹⁶⁶.

¹¹⁶⁵ Proyecto de la CDI, Doc. A/69/10, comentario 2), a la propuesta de art. 19, p. 52. En los comentarios plasmados por la CDI al proyecto aprobado en primera lectura aclara que lo que pretende con esta redacción es que los Estados no se vean obligados a crear unos establecimientos especiales al efecto, pudiendo detener a los extranjeros en cuestión en los mismos establecimientos que personas condenadas a privación de libertad, a condición de que se encuentren instalados en secciones separadas de ese establecimiento; “Proyecto de artículos sobre expulsión de extranjeros aprobados en primera lectura por la CDI”, en Informe de la CDI, 64º período de sesiones (7 de mayo a 1º de junio y 2 de julio a 3 de agosto de 2012), AGNU. Documentos Oficiales 67º período de sesiones, Suplemento Nº 10 (A/67/10), comentario 3) al art. 19 del proyecto, p. 51. De entre los comentarios de los Estados a esta disposición se puede poner de manifiesto la rotundidad de Reino Unido quien señala que de ningún modo aceptaría tal imposición. El motivo que defiende Reino Unido para tal oposición radica en que son varias las causas por las que puede estar motivado el que los extranjeros se encuentren en los mismos establecimientos penitenciarios que los reclusos que cumplen una condena. Concretamente, hace referencia a la casuística contemplada en su normativa interna conforme la cual, un extranjero que se encuentra cumpliendo condena por un delito y, al término de ella ha de permanecer en prisión por infringir la legislación en materia de inmigración, no es reenviado a un centro de internamiento de extranjeros si no que, preventivamente, se le mantiene en el mismo establecimiento penitenciario. Lo mismo les sucede aquellos extranjeros que han violado la ley en materia de inmigración y desde el centro de internamiento de extranjeros son ubicados en centros penitenciarios por razones de seguridad y control. En ambos casos, conforme a la práctica interna de Reino Unido, no existe separación entre las dos categorías dentro de un mismo establecimiento; Expulsión de extranjeros. Comentarios y observaciones recibidas de los Gobiernos, CDI, “Expulsión de extranjeros. Comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos”, A/CN.4/669, 21 de marzo de 2014, p. 47.

¹¹⁶⁶ En relación al art. 13 del PIDCP –relativo al arresto, detención o prisión de una persona–, el CDH señala que: “este artículo es aplicable a todos los procedimientos que tengan por objeto la salida obligatoria de un extranjero, se describa ésta en el Derecho nacional como expulsión o de otra forma. Si estos procedimientos entrañan detención, tal vez también sean aplicables las salvaguardias del Pacto relativas a la privación de la libertad (arts. 9 y 10)”; CDH, Observación general n. 15, “La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto”, 27º período de sesiones (1986), pár. 9. Esta misma exigencia se encuentra reconocida por la AGNU en el principio octavo del Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión; “Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”, Adoptado por la AGNU en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988. Concretamente el octavo principio establece que: “Las personas detenidas recibirán un trato apropiado a su condición de personas que no han sido condenadas. En consecuencia, siempre que sea posible se las mantendrá separadas de las personas presas”. En este sentido, tanto el Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria de NU, como varios Relatores especiales sobre los DDHH mantienen que no se puede criminalizar la entrada o estancia irregular mediante condiciones inadecuadas de detención. Por tanto, las circunstancias que rodean a la detención de extranjeros no pueden asemejarse a las condenas por delitos penales; Consejo de DDHH, Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, “Promoción y protección de todos los derechos humanos derechos civiles, políticos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”, A/HRC/10/21, 16 de febrero de 2009; Consejo de DDHH, Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, “Promoción y protección de todos los derechos humanos derechos civiles, políticos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”, A/HRC/7/4, 10 de enero de 2008, pár. 53. El antiguo Relator Especial para los DDHH de los migrantes, Jorge Bustamante, sostuvo que, “en la medida de lo posible, la detención solo debería utilizarse en último recurso y, en general, los migrantes en situación irregular no deben ser tratados como delincuentes. A este respecto, las detenciones a menudo imprevisibles e ilícitas de migrantes están contribuyendo al fenómeno más amplio de la penalización de la migración irregular”; Consejo de DDHH, “Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, Jorge Bustamante”, A/HRC/7/12, 25 de febrero de 2008, pár. 50. Otro antiguo Relator, François Crépeau, señaló

En su jurisprudencia, la CIJ ha reconocido la aplicación del art. 9.1 y 9.2 del PIDCP a la detención de extranjeros¹¹⁶⁷.

En su momento, en sus observaciones presentadas por la UE al calor de los trabajos de la CDI, esta OI de integración defendió añadir un art. 19 bis titulado “condiciones de detención de los extranjeros objeto de expulsión”, con el fin de incorporar buena parte las condiciones de detención reguladas en los arts. 15, 16 y 17 de la Directiva Retorno¹¹⁶⁸: la separación por sexos, si los sujetos de la medida así lo desearan, pero siempre bajo el respeto al principio de unidad familiar; el acceso a abogados y médicos; la posibilidad de comunicarse con ONGs y los miembros de sus familias, así como la posibilidad de presentar denuncias por presuntos malos tratos, y todas las garantías proyectadas en la norma comunitaria en lo que a la detención de menores respecta¹¹⁶⁹. No obstante, esta propuesta de la UE mucho más garantista con los derechos del extranjero detenido, fue considerada demasiado progresista, en comparación con los DDHH aplicables a los extranjeros regulados en las normas internacionales con vocación universal y en otras regiones del mundo¹¹⁷⁰. Se adujo que dada la heterogeneidad de la práctica de los Estados en esta materia, no era posible apreciar una tendencia que permitiera el desarrollo

que: “la entrada o residencia ilegales nunca deben considerarse delito, ya que no constituyen en sí delitos contra las personas, el patrimonio o la seguridad nacional. Es importante subrayar que los migrantes irregulares no son delincuentes en sí y no deben ser tratados como tales”; Consejo de DDHH, “Informe del Relator Especial para los Derechos Humanos de los Migrantes, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2 de abril de 2012, párr. 13.

¹¹⁶⁷ “The provisions of Article 9, paragraphs 1 and 2, of the Covenant, and those of Article 6 of the African Charter, apply in principle to any form of arrest or detention decided upon and carried out by a public authority, whatever its legal basis and the objective being pursued (see in this respect, with regard to the Covenant, the Human Rights Committee’s General Comment No. 8 of 30 June 1982 concerning the right to liberty and security of person [...]). The scope of these provisions is not, therefore, confined to criminal proceedings; they also apply, in principle, to measures which deprive individuals of their liberty that are taken in the context of an administrative procedure, such as those which may be necessary in order to effect the forcible removal of an alien from the national territory”; CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, párr. 77.

¹¹⁶⁸ AGNU, Sexta Comisión, “Tema 79 del programa: informe de la CDI sobre la labor realizada en sus periodos de sesiones 63º y 64º”, A/C.6/67/SR.18, 4 de diciembre de 2012, párr. 62.

¹¹⁶⁹ AGNU, Sexta Comisión, “Tema 79 del programa: informe de la CDI sobre la labor realizada en sus periodos de sesiones 63º y 64º”, A/C.6/67/SR.18, 4 de diciembre de 2012, párr. 62. En este sentido también se pronuncia el CPT para quien son tres los derechos básicos de todo extranjero objeto de detención: el derecho a tener acceso a un abogado; el acceso a un médico y el derecho a poder informar a un familiar o a una tercera persona de su elección la detención a la que se encuentra sometido. En concreto, en lo que respecta al derecho acceso a un abogado, el CPT señala que este derecho debe incluir el derecho a hablar con un abogado en privado, así como tener acceso a asesoramiento legal para cuestiones relacionadas con la residencia, la detención y la expulsión. Esto implica que, si los extranjeros no se encuentran en condiciones de designar a un abogado por ellos mismos, deberán beneficiarse del acceso a asistencia jurídica gratuita; CPT, “19th General Report of the CPT (1 August 2008-31 July 2009)”, CPT/Inf (2009) 27. Council of Europe Publishing, 2009, párrs. 81 y 87.

¹¹⁷⁰ CDI, “Octavo informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/651, 22 de marzo de 2012, párrs. 38 a 42.

progresivo del DI con el alcance propuesto por la UE¹¹⁷¹. De este modo se dio respuesta a las críticas formuladas por algunos Estados, como los EEUU, en el sentido de que el proceso codificador se estaba apoyando en buena medida en el DUE, y no en la jurisprudencia de los órganos de control de los tratados de DDHH¹¹⁷². Con lo que, en definitiva, primó la postura contraria a que el proceso codificador auspiciara la interacción normativa entre el DI particular que constituye la UE, y el DI general que trata de codificar y desarrollar progresivamente la CDI.

4.2. Las condiciones de detención como factor que origina tratos contrarios al art. 3 del CEDH

Como se ha insistido en el Capítulo III.1, los EP no pueden cometer actos de tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes en los procedimientos de expulsión. Tampoco durante la detención de un extranjero a efectos de su expulsión. En este sentido, determinadas condiciones de detención pueden constituir un trato inhumano o degradante contrario al art. 3 del CEDH. Para evitarlo, el lugar y las condiciones de detención deben ser apropiadas. Más aun considerando que la detención está siendo aplicada en el contexto de la inmigración, por lo que no se está privando de su libertad a personas que han perpetrado delitos penales, sino a extranjeros que, a menudo, han huido de su país por considerar que sus vidas corren peligro¹¹⁷³. El TEDH, se muestra muy firme a este respecto:

“The Court reiterates that the State must ensure that a person is detained in conditions which are compatible with respect for human dignity, that the manner and method of the execution of the measure do not subject him or her to distress or hardship of an intensity exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention and that, given the practical demands of imprisonment, his or her health and well-being are adequately secured”¹¹⁷⁴.

¹¹⁷¹ CDI, “Noveno informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/670, 25 de marzo de 2014, p. 21, párr. 52.

¹¹⁷² AGNU, Sexta Comisión, “Tema 81 del programa: informe de la CDI sobre la labor realizada en su 61º período de sesiones”, A/C.6/64/SR.21, 24 de febrero de 2010, párr. 97.

¹¹⁷³ STEDH de 22 de septiembre de 2015, *Nabil y otros c. Hungría*, demanda n. 62116/12, párr. 34; STEDH de 21 de julio de 2015, *Nassr Allah c. Letonia*, demanda n. 66166/13, párr. 56; STEDH de 20 de septiembre de 2011, *Lokpo y Toure c. Hungría*, demanda n. 10816/10, párr. 22.

¹¹⁷⁴ STEDH de 28 de marzo de 2017, *Z.A. y otros c. Rusia*, demanda nos. 61411/15, 61420/15, 61427/15 y 3028/16, párr. 103; STEDH de 12 de enero de 2016, *Moxamed Ismaaciil y Abdirahman Warsame c. Malta*, demandas nos. 52160/13 52165/13, párr. 79; STEDH de 22 de julio de 2010, *A.A. c. Grecia*, demanda n. 12186/08, párr. 55; STEDH de 24 de enero de 2008, *Riad e Idiab c. Bélgica*, demandas n. 29787/03 y 29810/03, párr. 100. Sobre las condiciones de los centros de detención en relación con el art. 3 del CEDH

Que las condiciones de detención puedan, según mantiene el TEDH, atender contra la dignidad humana de tal forma pueda considerarse que se está vulnerando el art. 3 del CEDH, confirma el carácter absoluto de este precepto, como ha reconocido el propio tribunal de Estrasburgo (Capítulo III.2)¹¹⁷⁵. Este órgano judicial es consciente de que los Estados que forman frontera exterior de la UE, como Grecia e Italia, experimentan considerables dificultades para hacer frente a la creciente afluencia de extranjeros y solicitantes de protección internacional. Por ello no subestima la carga y la presión que esta circunstancia supone para los EP, a mayor abundamiento cuando esta circunstancia se da en un contexto de crisis económica. No obstante, el carácter absoluto del art. 3 del CEDH se mantiene también en circunstancias de creciente afluencia de migrantes. Por lo que los EP deben cumplir su obligación de que cualquier persona privada de libertad se encuentre en condiciones conformes con el respeto a la dignidad humana¹¹⁷⁶. Por este motivo, incluso el tratamiento infligido sin la intención de humillar o menospreciar a la víctima y derivado, por ejemplo, de dificultades objetivas relacionadas con la gestión de una crisis migratoria, puede constituir una violación del art. 3 del CEDH¹¹⁷⁷.

En *J.R. y otros c. Grecia*, los hechos de la demanda se dan en un período durante el cual Grecia experimenta un aumento excepcional de los flujos migratorios, lo que ha creado dificultades organizativas, logísticas y estructurales para las autoridades griegas. Durante las primeras semanas de implementación de la Declaración UE-Turquía, 1.740 migrantes llegaban diariamente a las islas griegas del este del Egeo. La sobrecarga soportada por las estructuras de recepción e identificación en las islas griegas es reconocida por la Comisión Europea¹¹⁷⁸. A pesar de las deficiencias que presentan los centros de recepción griegos en esas fechas –problemas relacionados con la calidad de

véase SALADO OSUNA, A., “Los tratos prohibidos en el artículo 3 del CEDH”, en: GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA MACHETTI, P. (Coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 85-112, p. 98.

¹¹⁷⁵ PALLADINO, R., “La tutela dei migranti irregolari e dei richiedenti protezione internazionale (artt. 3, 5, 8 e 13 CEDU; art. 4, Protocollo 4)”, en DI STASI, A. (Ed.), *CEDU e Ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e l’impatto dell’ordinamento interno (2010-2015)*, Wolters Kluwer|CEDAM, Vicenza (Italia), 2016, 167-203, p. 189.

¹¹⁷⁶ STEDH de 31 de julio de 2014, *Tatishvili c. Grecia*, demanda n. 26452/11, párs. 41 a 45; STEDH de 23 de julio de 2013, *Aden Ahmed c. Malta*, demanda n. 55352/12, pár. 90; STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda n. 27765/09, párs. 122 y 176; STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n. 30696/09, pár. 223.

¹¹⁷⁷ STEDH de 25 de enero de 2018, *J.R. y otros c. Grecia*, demanda n. 22696/16, pár. 137; STEDH de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia*, demanda n. 16483/12, pár. 184.

¹¹⁷⁸ Véase el informe de la Comisión Europea en, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo, “Primer informe sobre los avances registrados en la aplicación de la Declaración UE-Turquía”, COM(2016) 231 final. Bruselas, 20 de abril de 2016.

los alimentos, la atención médica y la falta de información proporcionada a los solicitantes sobre sus derechos, etc.—, el TEDH, a la hora de valorar la eventual vulneración del art. 3 del CEDH, considera que no existen pruebas documentales que acrediten un hacinamiento y además tiene en consideración la brevedad del tiempo durante el que los demandantes se encuentran en estos centros¹¹⁷⁹.

Se deben tener en cuenta los efectos acumulativos de las condiciones de detención, así como las denuncias concretas formuladas por el demandante¹¹⁸⁰. La duración del período durante el que una persona está detenida en determinadas condiciones también es un factor que permite evaluar, entre otras cosas, si los tratos alcanzan el umbral exigido por el art. 3 del CEDH. De todas las condiciones de detención que pueden darse en un determinado caso, la extrema falta de espacio personal es un factor de peso a la hora de establecer si las condiciones de detención son "degradantes" desde el punto de vista del art. 3 del CEDH¹¹⁸¹. La importancia dada al espacio en el que se encuentra detenido el extranjero, hace que el tribunal Estrasburgo establezca una provisión mínima de cuatro metros cuadrados de espacio vital habitable por persona como estándar mínimo aceptable en estancias múltiples¹¹⁸². El TEDH, en los casos en los que un demandante tiene menos de tres metros cuadrados de espacio, considera que este elemento, por sí solo, es suficiente para constatar una vulneración del art. 3 debido a las condiciones de su detención¹¹⁸³.

¹¹⁷⁹ STEDH de 25 de enero de 2018, *J.R. y otros c. Grecia*, demanda n. 22696/16, párs. 144 a 147; STEDH de 12 de diciembre de 2013, *Khuroshvili c. Grecia*, demanda n. 58165/10, pár. 81.

¹¹⁸⁰ STEDH de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia*, demanda n. 16483/12, pár. 163; STEDH de 23 de julio de 2013, *Aden Ahmed c. Malta*, demanda n. 55352/12, pár. 86; STEDH de 6 de marzo de 2001, *Dougoz c. Grecia*, demanda n. 40907/98, pár. 46.

¹¹⁸¹ STEDH de 22 de noviembre de 2016, *Abdullahi Elmi y Aweys Abubakar c. Malta*, demanda nos. 25794/13 28151/13, pár. 107; STEDH de 15 de octubre de 2015, *L.M. y otros c. Rusia*, demandas nos. 40081/14, 40088/14 y 40127/14, pár. 131; STEDH de 24 de junio 2014, *Yarashonen c. Turquía*, demanda n. 72710/11, pár. 72; STEDH de 10 de enero de 2012, *Ananyev y otros c. Rusia*, demandas nos. 42525/07 y 60800/08, párs. 143 y 148; STEDH de 7 de abril de 2005, *Karalevicius c. Lituania*, demanda n. 53254/99, pár. 36.

¹¹⁸² En este sentido, al revisar las demandas por hacinamiento el TEDH tiene en cuenta el espacio ocupado por los elementos que ocupan los muebles en el espacio ocupado por los detenidos; STEDH de 12 de enero de 2016, *Moxamed Ismaaciil y Abdirahman Warsame c. Malta*, demandas nos. 52160/13 52165/13, pár. 80 y jurisprudencia citada.

¹¹⁸³ STEDH de 12 de diciembre de 2013, *Khuroshvili c. Grecia*, demanda n. 58165/10, pár. 82; STEDH de 13 de junio de 2013, *A.F. c. Grecia*, demanda n. 53709/11, pár. 78; STEDH de 10 de enero de 2012, *Ananyev y otros c. Rusia*, demandas nos. 42525/07 y 60800/08, párs. 144, 145 y jurisprudencia citada. En los casos en los que el hacinamiento no es tan grande como para que plantee un problema, *per se*, en virtud del art. 3, el TEDH apunta hacia otros aspectos de la detención a tener en cuenta para evaluar esta disposición. Estos factores son la capacidad de usar el inodoro de forma privada, la ventilación disponible, el acceso a luz natural y aire, la calidad de la calefacción, entre otros. De hecho, en algunos supuestos en los que los reclusos tienen de tres a cuatro metros cuadrados de espacio personal para cada uno, el TEDH falla una violación del art. 3 debido a que la falta de espacio iba acompañada de una falta de ventilación y luz; véase la STEDH de 12 de diciembre de 2013, *Khuroshvili c. Grecia*, demanda n. 58165/10, pár. 82 y la jurisprudencia citada y la STEDH de 1 de agosto de 2013, *Horshill c. Grecia*, demanda n. 70427/11, pár. 46 y jurisprudencia citada.

Además de la necesidad de tener suficiente espacio personal, se deben tener en cuenta otros aspectos de las condiciones de detención que son relevantes para la evaluación de su conformidad con el art. 3 del CEDH, como son: el acceso al ejercicio al aire libre; la luz natural o el aire; la disponibilidad de ventilación; y el cumplimiento de los requisitos sanitarios y de higiene básicos¹¹⁸⁴. Por ejemplo, que un extranjero detenido soporte frío y calor extremo no puede ser subestimado, ya que tales condiciones pueden afectar a su bienestar y, en circunstancias extremas, pueden afectar a su salud¹¹⁸⁵. A este respecto, especialmente relevante es la asistencia médica de los internos. Las autoridades tienen la obligación de proteger la salud de las personas privadas de libertad, por lo que la falta de atención médica adecuada puede suponer un trato contrario al art. 3 del CEDH¹¹⁸⁶.

En esta misma dirección, si las autoridades detienen a un extranjero con discapacidad, deben mostrarle un cuidado especial que garantice que las condiciones del internamiento se corresponden con las necesidades especiales derivadas de su discapacidad. Por ejemplo, en *Asalya c. Turquía*, el demandante, durante el breve tiempo

¹¹⁸⁴ STEDH de 10 de enero de 2012, *Ananyev y otros c. Rusia*, demandas nos. 42525/07 y 60800/08, párs. 149 y ss.; STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n. 30696/09, párr. 222. En *Ananyev*, de conformidad con lo establecido por el CPT, se mantiene que el ejercicio al aire libre constituye una garantía básica del bienestar de los presos por lo que todos, sin excepción, deben tener al menos una hora de ejercicio al aire libre todos los días y, preferiblemente, que este tiempo sea parte de un programa más amplio de actividad fuera de la celda. Estos criterios también son mantenidos por el CPT quien además sostiene que, concretamente en relación a las actividades al aire libre, cuanto más largo sea el periodo de internamiento, más desarrolladas deben ser las actividades que se le oferten al internado; CPT, “The CPT standards”, CPT/Inf/E (2002) 1 - Rev. 2015, párr. 29. Las Directrices sobre el retorno forzoso publicadas por el Comité de Ministros del COE señalan algunas de las condiciones que deben dar en aras a evaluar la adecuación del lugar y el régimen del internamiento. El COE determina que los centros deben estar en buen estado de conservación con espacio suficiente para el número de internados; deben organizarse actividades recreativas; el personal debe estar dotado de una formación adecuada; debe existir una separación por sexos respetando siempre el principio de la unidad familiar; las autoridades deben facilitar la comunicación de los internados con abogados, médicos, ONGs, representaciones diplomáticas, además de facilitársele información acerca de sus derechos y obligaciones dentro del centro de internamiento; Committee of Ministers, “Twenty Guidelines on Forced Returns”, CM(2005)40 final. Strasbourg, 9 may 2005, directriz 10. Véase en este sentido, las condiciones materiales adecuadas de detención para estancias largas (de más de 24 horas), señaladas por el CPT “Immigration Detention” Factsheet, CPT/Inf(2017)3. Strasbourg, March 2017, p. 4.

¹¹⁸⁵ STEDH de 22 de noviembre de 2016, *Abdullahi Elmi y Aweys Abubakar c. Malta*, demanda nos. 25794/13 28151/13, párr. 109; STEDH de 12 de enero de 2016, *Moxamed Ismaaciil y Abdirahman Warsame c. Malta*, demandas nos. 52160/13 52165/13, párr. 90; STEDH de 23 de julio de 2013, *Aden Ahmed c. Malta*, demanda n. 55352/12, párr. 94. En un informe de 2017 publicado por el Servicio Jesuita a Migrantes-España (SJM-E), red que trabaja por la defensa de los derechos de las personas migrantes y su pleno acceso a la ciudadanía, recopilan algunos de los autos dictados por los jueces de control donde se expresan preocupaciones por las condiciones generales en las que las personas extranjeras se ven sometidas a la medida de internamiento, entre los que destacan autos que responden a quejas de extranjeros por la insuficiencia del sistema de calefacción, del agua caliente en las duchas, así como de ropa y calzado en los centros en los que se encuentran privados de libertad; véanse estos autos en, Servicio Jesuita a Migrantes-España, “Sufrimiento inútil”, Informe Anual 2017 sobre Centros de Internamientos de Extranjeros (CIE), pp. 51 a 53. Disponible en: <https://sjme.org/gallery/informe-cie-2017-de-sjm/>

¹¹⁸⁶ STEDH de 22 de diciembre de 2009, *Palushi c. Austria*, demanda n. 27900/04, párr. 71; STEDH de 3 de abril de 2001, *Keenan c. Reino Unido*, demanda n. 27229/95, párr. 111.

que dura su internamiento, experimenta serias dificultades para satisfacer sus necesidades más básicas como, por ejemplo, usar el baño. La inaccesibilidad de las instalaciones de saneamiento plantea una especial preocupación en virtud del art. 3 del CEDH, puesto que el demandante depende totalmente de la buena voluntad de los oficiales de policía para ayudarlo, debido a las deficiencias estructurales de la detención. En este contexto, el art. 3 impone la obligación al Estado de garantizar que cualquier persona detenida se encuentre en condiciones acordes al respeto a su dignidad humana¹¹⁸⁷.

Con carácter general, los supuestos que versan sobre las condiciones de detención de extranjeros se prestan a una rigurosa aplicación del principio *affirmanti incumbit probatio*; esto es, quien lo alega debe probarlo¹¹⁸⁸. Pero dado que solo el Gobierno demandado tiene acceso a información capaz de corroborar o refutar las alegaciones del extranjero detenido, este último puede enfrentarse a dificultades para justificar su demanda. Por ello, el TEDH únicamente exige a los demandantes una prueba mínima de los hechos denunciados, correspondiéndole al Estado recopilar y presentar la documentación pertinente. Si el Estado no presenta pruebas convincentes de que las condiciones materiales de la detención son acordes al CEDH, esta inacción juega a favor de las declaraciones del demandante¹¹⁸⁹. Por ejemplo, en *Z.A. y otros c. Rusia*, los demandantes proporcionan una descripción creíble y razonablemente detallada de las condiciones de detención que, *prima facie*, podrían ser contrarias al art. 3 del CEDH. En estas circunstancias, la carga de la prueba debe trasladarse al Gobierno ruso. Sin embargo, la Federación de Rusia opta por no comentar las declaraciones realizadas por los demandantes; por lo que, ante la ausencia de pruebas presentadas por el Gobierno que rebatan los argumentos de los demandantes, el TEDH acepta como probadas las declaraciones de estos¹¹⁹⁰.

En este sentido, si la detención se lleva a cabo en un lugar no reconocido legalmente como un centro de detención, por lo general ello supone una vulneración del art. 3 del CEDH. Por ejemplo, en *Abdolkhani y Karimnia c. Turquía*, los demandantes, tres solicitantes de asilo, estuvieron detenidos durante tres meses en el sótano de un cuartel de

¹¹⁸⁷ STEDH de 15 de abril de 2014, *Asalya c. Turquía*, demanda n. 43875/09, párs. 51 a 53. *Mutatis mutandis* véase, STEDH de 7 de marzo de 2018, *S.F. y otros c. Bulgaria*, demanda n. 8138/16, párs. 91 y 92.

¹¹⁸⁸ STEDH de 10 de enero de 2012, *Ananyev y otros c. Rusia*, demandas nos. 42525/07 y 60800/08, párs. 121 y 123; STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n. 30696/09, p. 222.

¹¹⁸⁹ STEDH de 12 de enero de 2016, *Moxamed Ismaaciil y Abdirahman Warsame c. Malta*, demandas nos. 52160/13 52165/13, p. 82 y jurisprudencia citada.

¹¹⁹⁰ STEDH de 28 de marzo de 2017, *Z.A. y otros c. Rusia*, demanda nos. 61411/15, 61420/15, 61427/15 y 3028/16, p. 106.

policía, lo que vulnera el art. 3 del CEDH¹¹⁹¹. Otro ejemplo de trato contrario al art. 3 del CEDH debido a las condiciones de detención, es la detención de un solicitante de asilo en una cabina prefabricada durante dos meses sin permitirle salir al aire libre, sin posibilidad de realizar una llamada telefónica, sin sábanas limpias ni productos de higiene¹¹⁹².

Otra cuestión que se plantea dentro de este ámbito es la detención de extranjeros en las zonas internacionales de los aeropuertos. Aunque implica una privación a la libertad, para el TEDH no es comparable a la que se da en un centro de detención. En estos casos el TEDH habla de “restricción”, la cual es aceptable si va acompañada de salvaguardias para las personas afectadas, y siempre y cuando no se prolongue excesivamente. De lo contrario, una restricción de la libertad se convertirá en una privación de la libertad¹¹⁹³. En este sentido, el CPT interpreta que la detención en estos lugares se debe mantener el mínimo de tiempo posible lo que, a criterio de este órgano, es menos de veinticuatro horas¹¹⁹⁴.

Se debe tener en consideración que los espacios públicos de las zonas de tránsito de un aeropuerto, por lo general carecen de comodidades básicas tales como camas, duchas o áreas designadas para cocinar. Por lo que, si la restricción de libertad en estas zonas se convierte en una detención prolongada, el TEDH tiene pocas dudas de que se trata de un espacio no habilitado para una detención de este tipo. En *Riad e Idiab c. Bélgica* se concluye que se ha vulnerado el art. 3 del CEDH, debido a las malas condiciones de detención en la zona de tránsito del aeropuerto de Bruselas, en la que permanecen los demandantes durante un período de once y quince días¹¹⁹⁵. En *Z.A. y otros c. Rusia*, también se concluye la vulneración del art. 3 del CEDH con motivo de la detención de los solicitantes en la zona de tránsito del aeropuerto de Moscú, donde han estado

¹¹⁹¹ STEDH de 22 de septiembre de 2009, *Abdolkhani y Karimnia c. Turquía*, demanda n. 30471/08. A este respecto véase la directriz 8 de ACNUR “Directrices sobre la detención. Directrices sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención”, 2012. Disponibles en: <http://www.refworld.org/es/publisher,UNHCR,THEMGUIDE,,51e3b3244,0.html>.

¹¹⁹² STEDH de 15 de enero de 2015, *Mahammad y otros c. Grecia*, demanda n. 48352/12, pág. 48; STEDH de 11 de junio de 2009, *S.D. c. Grecia*, demanda n. 53541/07, págs. 49 a 51. Otro ejemplo es el de la detención de un solicitante de asilo durante tres meses en dependencias policiales a la espera de la aplicación de la medida administrativa, sin acceso a las actividades recreativas y sin comidas adecuadas, también se considera como un trato inhumano o degradante; STEDH de 26 de noviembre de 2009, *Tabesh c. Grecia*, demanda n. 8256/07, págs. 38 a 44.

¹¹⁹³ STEDH de 24 de enero de 2008, *Riad e Idiab c. Bélgica*, demandas nos. 29787/03 y 29810/03, pág. 68.

¹¹⁹⁴ CPT, “7th General Report on the CPT’s activities of the CPT covering the period 1 January to 31 December 1996”, 22 de agosto de 1997, CPT/Inf (97) 10, pág. 27.

¹¹⁹⁵ STEDH de 24 de enero de 2008, *Riad e Idiab c. Bélgica*, demandas nos. 29787/03 y 29810/03, pág. 88.

detenidos durante meses e incluso años en el supuesto de algunos de los demandantes¹¹⁹⁶. El TEDH no acepta que ninguna persona pueda ser detenida en condiciones en las que sus necesidades esenciales no puedan ser atendidas. El estándar de protección de los detenidos en zonas de tránsito de los aeropuertos, es todavía mayor que cuando la detención se lleva a cabo en un centro especialmente habilitado para la detención de extranjeros. Siempre con la finalidad de que las medidas de detención en los aeropuertos no sean consideradas arbitrarias¹¹⁹⁷. Con ello se pretende evitar que el ejercicio de soberanía por parte de los Estados en materia de control de entrada, residencia y salida de extranjeros en su territorio, sea aplicado arbitrariamente para contener los flujos ilegales e impedir la entrada de solicitantes de protección internacional¹¹⁹⁸.

4.3. Las condiciones materiales del internamiento de extranjeros previstas en la UE

Antes de proceder al internamiento del extranjero, las autoridades nacionales deben disponer de un plazo breve pero razonable para identificar a la persona detenida, así como para investigar los datos que permitan determinar si esa persona es un extranjero en situación administrativa irregular. Este procedimiento debe llevarse a cabo con diligencia y sin tardanza, con el objetivo de no menoscabar el objetivo de la Directiva 2008/115/UE: la rápida expulsión de extranjeros irregulares¹¹⁹⁹. La detención inicial efectuada por los servicios policiales debe estar regulada por la legislación nacional, por lo que una primera detención es llevada a cabo en dependencias policiales¹²⁰⁰.

Por lo que se refiere a las condiciones del internamiento, la Directiva Retorno no regula todas las condiciones materiales¹²⁰¹. A este respecto, tan sólo se prevé en su art. 16 lo siguiente:

¹¹⁹⁶ STEDH de 28 de marzo de 2017, *Z.A. y otros c. Rusia*, demanda nos. 61411/15, 61420/15, 61427/15 y 3028/16, párr. 107.

¹¹⁹⁷ STEDH de 25 de junio de 1996, *Amuur c. Francia*, demanda n. 19776/92, párrs. 50 a 53.

¹¹⁹⁸ MORGADES GIL, S., “La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *RDCE*, n. 37, 2010, 801-842, pp. 826 y 827.

¹¹⁹⁹ STJUE de 6 de diciembre de 2011, *Achughbavian*, asunto C-329/11, apdo. 31.

¹²⁰⁰ STJUE de 6 de diciembre de 2011, *Achughbavian*, asunto C-329/11, apdo. 30. En cualquier caso, la Comisión recomienda a los EM asegurarse de que el traslado a un centro de internamiento especializado en migrantes irregulares se produce en las cuarenta y ocho horas siguientes a la detención; Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión de 16 de noviembre de 2017 por la que se establece un «Manual de Retorno» común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno. Bruselas, 16 de noviembre de 2017 (*DOUE* L 339/83, de 19 de diciembre de 2017), p. 147.

¹²⁰¹ Por ello la Comisión Europea mantiene que en estos ámbitos los EM deben cumplir, en especial, la práctica cuasi jurisprudencial del CPT sobre las necesidades especiales y el estatuto de los extranjeros

“Como norma general, el internamiento se llevará a cabo en centros de internamiento especializados. En los casos en que un Estado miembro no pueda proporcionar alojamiento en un centro de internamiento especializado y tenga que recurrir a un centro penitenciario, los nacionales de terceros países sujetos al internamiento estarán separados de los presos ordinarios”¹²⁰².

La Directiva Retorno preceptúa que los extranjeros no pueden ser internados en los mismos centros que los presos comunes y, si el EM no cuenta con centros especializados de internamiento, se podrá internar a los extranjeros en establecimientos de detención comunes, siempre que se encuentren separados de los reclusos ordinarios. Dicha separación debe darse aun cuando exista autorización por parte del extranjero para que su internamiento se comparta con presos ordinarios¹²⁰³. El principio general que debe regir

durante el internamiento. La Comisión Europea recomienda que estas condiciones sean completas por: 1. La directriz 10 del COE sobre el retorno forzoso, titulada “condiciones del internamiento a la espera de expulsión”; 2. Las normas establecidas por el CPT (“Normas CPT” doc. CPT/Inf/E (2002) 1 – Rev.2015); 3. Committee of Ministers, “Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to Member States on the European Prison Rules”, Rec(2006)2. 11 January 2006 y; 4. Las Reglas mínimas de las NU para el tratamiento de los reclusos (aprobadas por el Comité Económico y Social mediante sus Resoluciones 663 C(XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977); véase Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión de 16 de noviembre de 2017 por la que se establece un «Manual de Retorno» común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno. Bruselas, 16 de noviembre de 2017 (*DOUE* L 339/83, de 19 de diciembre de 2017), p. 149.

¹²⁰² La propuesta de Directiva presentada por la Comisión matizaba más este precepto al establecer que si los EM tuvieran que detener al extranjero en centros penitenciarios el Estado en cuestión “garantizará que los nacionales de terceros países sujetos al internamiento temporal estén, de manera permanente, separados físicamente de los presos comunes”; Comisión de las Comunidades Europeas, “Propuesta presentada por la Comisión de la Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio”, COM(2005) 391 final, 2005/0167 (COD). Bruselas 1 de septiembre de 2005, art. 15.2. En España los extranjeros son detenidos, a efectos de expulsión, en centros habilitados al efecto, denominados CIE. La existencia de estos centros se remonta al año 1985 con ocasión a la entrada en vigor de la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (*BOE* n. 158, de 3 de julio de 1985), exigida para la entrada de España en la UE. Muy posteriormente, concretamente en 2014, se aprueba el RD 162/2014 de 14 de marzo por el que se aprueba el Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros (*BOE* n. 64, de 15 de marzo de 2014). Este reglamento es aprobado después de que varios expertos independientes de NU instaran a España a la creación de este Reglamento para así, entre otras cosas, garantizar que las personas detenidas tengan aseguradas unas condiciones de vida adecuadas, acceso a servicios médicos, jurídicos, servicios sociales, etc.; Consejo de DDHH, “Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, Mutuma Ruteere. Adición. Visita a España”, A/HRC/23/56/Add.2, 6 de junio de 2013, p. 73; CERD, “Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. España”, CERD/C/ESP/CO/18-20, 8 de abril de 2011, p. 13.

¹²⁰³ STJUE de 17 de julio de 2014, *Pham*, asunto C-474/13, parte dispositiva. Esta afirmación es puesta de manifiesto por el TJUE en la cuestión prejudicial *Pham*. En este supuesto la demandante, nacional vietnamita, entra en Alemania sin documentos de identidad ni permiso de residencia, por lo que es objeto de un internamiento a efectos de expulsión. La Sra. *Pham* consiente ser internada en un centro penitenciario con presos ordinarios, puesto que deseaba tener contacto con compatriotas.

el internamiento de un extranjero, con independencia del centro donde se lleve a cabo, es que no tenga naturaleza penitenciaria¹²⁰⁴. En este sentido, en *Bero y Bouzamate*, se da la circunstancia de que en Alemania sólo existen centros especializados de internamiento de extranjeros en algunas de las entidades territoriales de su estructura federal. Se plantea ante TJUE si, en esas circunstancias, también es obligatorio llevar a cabo el internamiento de extranjeros en centros especializados. El TJUE responde que lo establecido en el art. 16.1 de la Directiva 2008/115/CE:

“debe interpretarse en el sentido de que un Estado miembro está obligado, como norma general, a internar a efectos de expulsión a los nacionales de terceros países en situación irregular en un centro de internamiento especializado de ese Estado, aun cuando dicho Estado miembro tenga una estructura federal y el Estado federado competente para acordar y ejecutar ese internamiento en virtud del Derecho nacional no cuente con un centro de internamiento de esa índole”¹²⁰⁵.

Estas condiciones de internamiento van más allá de una mera modalidad de internamiento, ya que constituyen una condición de fondo sin la cual tal internamiento no puede quedar amparado por la citada Directiva. En concreto, con la obligación de separar a los extranjeros de los presos ordinarios se garantiza a los extranjeros un trato digno y respetuoso con sus DDHH, así como el carácter no punitivo del internamiento¹²⁰⁶. Para el AG, Yves Bot, el legislador europeo pretende que todos los EM creen centros de internamiento especializados para la detención de extranjeros, y evitar así que los EM puedan alegar su inexistencia como excepción a la obligación contenida en el art. 16.1 de la Directiva Retorno¹²⁰⁷. Las disposiciones de la Directiva 2008/115/CE deben interpretarse en su conjunto, y a la luz del objetivo y las garantías que la Directiva Retorno pretende salvaguardar¹²⁰⁸. Por ello, el art. 16.1 debe valorarse junto con el art. 1 de la

¹²⁰⁴ STJUE de 17 de julio de 2014, *Bero y Bouzamate*, asuntos acumulados C-473/13 y C-514/13, apdo. 32. En la LODYLE el carácter no punitivo o penitenciario del internamiento se prevé expresamente en el art. 60.2 donde se señala que: “Los lugares de internamiento para extranjeros no tendrán carácter penitenciario, y estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios. Los extranjeros internados estarán privados únicamente del derecho ambulatorio”.

¹²⁰⁵ STJUE de 17 de julio de 2014, *Bero y Bouzamate*, asuntos acumulados C-473/13 y C-514/13, parte dispositiva.

¹²⁰⁶ STJUE de 17 de julio de 2014, *Pham*, asunto C-474/13, apdo. 19.

¹²⁰⁷ El AG señala que, de haberse tratado de una potestad facultativa la expresión “no pueda” contenida en el apdo. 1 del art. 16 habría sido cambiada por “no quiera” de conformidad con el sentido que hubiera cobrado. Conclusiones del AG, Yves Bot, presentadas el 30 de abril de 2014, *Bero y Bouzamate*, asuntos acumulados C-473/13 y C-514/13, punto 77.

¹²⁰⁸ Conclusiones del AG, Yves Bot, presentadas el 30 de abril de 2014, *Bero y Bouzamate*, asuntos acumulados C-473/13 y C-514/13, punto 81.

citada Directiva, en el que se dispone que las normas sobre expulsión de extranjeros deben aplicarse de conformidad con los derechos fundamentales como principios generales del derecho europeo. Por tanto, y de conformidad con el art. 1 de la CFUE en el que se reconoce que “[l]a dignidad humana es inviolable [y que] [s]erá respetada y protegida”, el internamiento de un extranjero por una irregularidad administrativa no puede equipararse ni formal ni materialmente a la privación de libertad de los detenidos por delitos penales.

5. EL CESE DE LA MEDIDA DE DETENCIÓN

5.1. El cese de la detención en la jurisprudencia del TEDH: la debida diligencia como eje vertebrador de los límites temporales

Según el art. 19.2 letra a) del Proyecto de la CDI, se condiciona el tiempo de duración de la detención a dos límites generales: en primer lugar, el periodo de tiempo por el que se prolonga la detención debe ser razonablemente necesario para llevar a cabo la expulsión; y, en segundo lugar, se prohíbe, en términos generales, toda detención de duración excesiva¹²⁰⁹.

El art. 5 del CEDH no establece plazos máximos para la detención. El TEDH se ha encargado de precisar la duración de la detención de conformidad con el art. 5.1, letra f). Con carácter general, la duración de la detención no debe exceder de lo razonablemente requerido para el propósito perseguido; de lo contrario la detención es considerada arbitraria y, por tanto, se vulnera el art. 5 del CEDH. En este sentido, también con carácter

¹²⁰⁹ Proyecto de la CDI, Doc. A/69/10, comentario 6), a la propuesta de art. 19, pp. 53 y 54. El genérico alcance de la noción “duración excesiva” es justificado por la CDI en su Proyecto y por el Ponente Kamto, sobre la base de que los plazos previstos en las legislaciones nacionales varían de un Estado a otro, además de que estos pueden ser prorrogados. Incluso dentro de un mismo estado, la decisión de detener a un extranjero con miras a su expulsión puede ser considerada de distintas maneras por las autoridades de un mismo país; véase a este respecto el estudio que hizo el Relator acerca de varias de las legislaciones nacionales de diversos Estados que recoge su normativa al respecto; CDI, “Quinto informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/611, 27 de marzo de 2009, p. 21, párr. 263 y ss. Asimismo, la CDI en los comentario a la propuesta de art. 19 señala que la limitación de la detención al periodo razonablemente necesario para la ejecución de la expulsión o la exigencia que establece que la detención no tenga una duración excesiva también se encuentran reconocidas en la jurisprudencia internacional, así como en la norma interna de diversos Estados y en las resoluciones de órganos jurisdiccionales internos; véase a este respecto la nota a pie 120 del Proyecto de la CDI. Si bien, en los comentarios al proyecto, Reino Unido observa que el término “duración excesiva” es demasiado difuso considerándolo por ello inaceptable. En este sentido, Reino Unido reitera que los plazos de detención están sujetos a las restricciones que establece cada legislación y, en su caso, las limitaciones que se imponen en el *common law*; CDI, “Expulsión de extranjeros. Comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos”, A/CN.4/669, 21 de marzo de 2014, p. 47.

general, la duración de los procedimientos de expulsión depende únicamente de las circunstancias del supuesto¹²¹⁰.

Como se ha señalado en el epígrafe 2.2., la detención de un extranjero puede adoptarse siempre y cuando, en primer lugar, se lleve a cabo en el marco de un procedimiento de expulsión y, en segundo lugar, se estén tomando medidas para ejecutar la expulsión. En relación con el primer requisito, el cómputo del periodo de detención sólo puede calcularse si el procedimiento de expulsión es regular, esto es, si obedece al cumplimiento de una decisión judicial¹²¹¹. Respecto al segundo requisito, si los procedimientos no son tramitados con la debida diligencia, la detención deja de ser admisible en virtud del CEDH con independencia del tiempo durante el que la persona se encuentra privada de libertad¹²¹². Por consiguiente, se debe valorar si las autoridades del Estado han actuado con la debida diligencia durante el procedimiento de expulsión para poder determinar si la duración de la detención es excesiva a la luz del art. 5.1, letra f)¹²¹³. A continuación, se analizan algunos ejemplos.

En *Chahal c. Reino Unido*, el demandante es detenido durante más de seis años. Si bien, durante todo el periodo de detención las autoridades competentes llevan a cabo los procedimientos pertinentes tendentes a su expulsión a la India, de forma activa y diligente, con el fin de determinar si la expulsión es acorde con la prohibición de no devolución

¹²¹⁰ STEDH de 21 de julio de 2015, *A.H. y J.K. c. Chipre*, demandas nos. 41903/10 y 41911/10, párr. 190; STEDH de 12 de febrero de 2013, *Amie y otros c. Bulgaria*, demanda n. 58149/08, párr. 72; STEDH de 11 de octubre de 2011, *Auad c. Bulgaria*, demanda n. 46390/10, párr. 128; STEDH de 8 de febrero de 2005, *Bordovskiy c. Rusia*, demanda n. 49491/99, párr. 50.

¹²¹¹ Por consiguiente, la constatación posterior de un error del juez no puede incidir, en derecho interno, en la validez de la detención ocurrida en ese intervalo de tiempo, STEDH de 1 de diciembre de 2009, *Hokic y Hrustic c. Italia*, demanda n. 3449/05, párr. 22; STEDH de 10 de junio de 1996, *Benham c. Reino Unido*, demanda n. 19380/92, párr. 42.

¹²¹² Véase a este respecto, STEDH de 21 de junio de 2018, *S.Z. c. Grecia*, demanda n. 66702/13, párr. 53; STEDH de 19 de junio de 2018, *Kahadawa Arachchige y otros c. Chipre*, demandas nos. 16870/11, 16874/11 y 16879/11, párr. 58; STEDH de 22 de junio de 2017, *S.M.M. c. Reino Unido*, demanda n. 77450/12, párr. 68; STEDH de 13 de junio de 2017, *R.M. c. Turquía*, demanda n. 81681/12, párr. 57; STEDH de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia*, demanda n. 16483/12, párr. 90; STEDH de 15 de octubre de 2015, *L.M. y otros c. Rusia*, demandas nos. 40081/14, 40088/14 y 40127/14, párr. 147; STEDH de 23 de julio de 2013, *M.A. c. Chipre*, demanda n. 41872/10, párr. 227; STEDH de 11 de octubre de 2011, *Auad c. Bulgaria*, demanda n. 46390/10, párr. 128; STEDH de 27 de julio de 2010, *Louled Massoud c. Malta*, demanda n. 24340/08, párr. 60; STEDH de 8 de octubre de 2009, *Mikolenko c. Estonia*, demanda n. 10664/06, párr. 59; STEDH de 19 de febrero de 2009, *A. y otros c. Reino Unido*, demanda n. 3455/05, párr. 164; STEDH de 10 de junio del 2008, *Ryabikin c. Rusia*, demanda n. 8320/04, párrs. 131 a 133; STEDH de 25 de enero de 2005, *Singh c. Republica Checa*, demanda n. 60538/00, párrs. 63 a 68. En este sentido se expresa la Directriz 7 del COE sobre el retorno forzoso al señalar que la detención en aras a la expulsión solamente se justificará mientras el procedimiento de expulsión se encuentre en curso. Si tal procedimiento no se ejecuta con la debida diligencia, la detención dejará de ser admisible; directriz 7 de las Veinte directrices sobre el retorno forzoso; Committee of Ministers, "Twenty Guidelines on Forced Returns", CM(2005)40 final. Strasbourg, 9 may 2005.

¹²¹³ STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, demanda n. 22414/93, párr. 113.

vigente según el art. 3 del CEDH. Por tanto, los esfuerzos de las autoridades estatales con el fin de expulsar al extranjero han sido activos, por lo que no se vulnera el art. 3 del CEDH¹²¹⁴.

Por el contrario, en *A. y otros c. Reino Unido*, aunque los demandantes no son detenidos durante tanto tiempo como el demandante de *Chahal*, el TEDH constata la vulneración del art. 5 del CEDH. Porque considera que los procedimientos llevados a cabo por las autoridades nacionales en *A. y otros c. Reino Unido* se centran en la legalidad de la detención y no en la viabilidad de la expulsión conforme al art. 3 del CEDH¹²¹⁵.

En *H.S. y otros c. Chipre*, los demandantes, en aplicación de las medidas cautelares previstas en la Regla 39 del Reglamento del TEDH (Capítulo III.6.), son detenidos a la espera de verificar si su expulsión puede ejecutarse sin vulnerar el art. 3 del CEDH. Durante el tiempo de duración de las medidas cautelares las autoridades competentes llevan a cabo esfuerzos activos para lograr la expulsión de los demandantes. No obstante, una vez finalizada la medida cautelar y verificada la posibilidad de proceder a la expulsión los demandantes continúan detenidos durante dos meses y veintitrés días, debido a la inactividad de las autoridades. En estas circunstancias se concluye la vulneración del art. 5.1, letra f) del CEDH¹²¹⁶.

En *Abdullahi Elmi y Aweys Abubakar*, los demandantes son extranjeros menores de edad (epígrafe 6.1.). Incluso aceptando que la detención se encuentra estrechamente relacionada con el art. 5.1, letra f), en concreto, para evitar una entrada no autorizada y determinar la edad de los, *a priori*, menores de edad, las dilaciones en los procedimientos tendentes a determinar la edad de los demandantes plantean serias dudas sobre la buena fe de las autoridades estatales¹²¹⁷.

En otro orden de cosas, si la perspectiva razonable de expulsión del extranjero a un tercer Estado desaparece, la detención deja de enmarcarse en un procedimiento de expulsión y, por consiguiente, deja de ser admisible conforme al art. 5.1, letra f). En *Mikolenko*, las autoridades estonias son conscientes de que no existe perspectiva razonable de expulsión ya que, debido a la falta de cooperación del demandante, no se puede emitir documentación que pueda facilitar su regreso o aceptar un documento de

¹²¹⁴ STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, demanda n. 22414/93, pág. 123.

¹²¹⁵ STEDH de 19 de febrero de 2009, *A. y otros c. Reino Unido*, demanda n. 3455/05, párs. 169 y 170.

¹²¹⁶ STEDH de 21 de julio de 2015, *H.S. y otros c. Chipre*, demanda n. 41753/10, pág. 320 y STEDH de 11 de febrero de 2010, *Raza c. Bulgaria*, demanda n. 31465/08, pág. 76.

¹²¹⁷ STEDH de 22 de noviembre de 2016, *Abdullahi Elmi y Aweys Abubakar c. Malta*, demanda nos. 25794/13 28151/13, pág. 146.

viaje temporal por parte de las autoridades estonias. Aun así, la detención se prolonga durante más de tres años y once meses. Durante este periodo de tiempo las autoridades estonias no pueden aportar documentación que demuestre que se han tomado medidas entre agosto de 2004 y marzo de 2006 tendentes a ejecutar el procedimiento de expulsión. Por lo que el TEDH falla la vulneración del art. 5¹²¹⁸.

Por otro lado, la suspensión de la expulsión por el establecimiento de una medida cautelar no debe conducir a que el extranjero sea detenido durante un tiempo irracionalmente largo¹²¹⁹. No obstante, determinadas conductas por parte del extranjero pueden contribuir a que la duración de la detención se dilate en el tiempo. En esos supuestos, se debe analizar qué conductas son las que prorrogaron la detención y si estas son imputables a la falta de diligencia debida de las autoridades estatales o, por el contrario, se pueden atribuir al extranjero detenido; todo ello con el objetivo de decidir si se ha vulnerado el art. 5 del CEDH. En *Kolompar*, la detención se prolonga durante más de dos años como resultado de las continuas solicitudes de suspensión de la medida por el demandante; sus peticiones de liberación; por las demoras en las respuestas a las alegaciones del Estado; y a la ausencia de notificación a las autoridades nacionales sobre la escasez de medios del demandante, lo que conlleva que, entre otras cosas, no pueda sufragarse un abogado. Según el TEDH la dilación de la medida se atribuye a la conducta del demandante y no a la falta de diligencia del Estado belga, cuyas autoridades desde el principio conceden prioridad al caso, adoptando sus decisiones en un tiempo que el TEDH adjetiva como “normal”¹²²⁰.

Con todo, para valorar la razonabilidad de la detención, además de la debida diligencia de las autoridades, se tiene en cuenta las condiciones de detención, así como el contexto en que se dan, como ya se ha señalado en el epígrafe 4.1. Por ejemplo, los períodos de detención de más de tres meses a la espera de la resolución de una solicitud de asilo son excesivamente largos si este tiempo se combina con condiciones de detención inapropiadas¹²²¹. En *Saadi*, el tiempo de detención de siete días se considera razonable ya

¹²¹⁸ STEDH de 8 de octubre de 2009, *Mikolenko c. Estonia*, n. 10664/06.

¹²¹⁹ STEDH de 18 de abril de 2013, *Azimov c. Rusia*, demanda n. 67474/11, pág. 169. En este sentido, STEDH de 11 de febrero de 2010, *Raza c. Bulgaria*, demanda n. 31465/08, págs. 71 a 75.

¹²²⁰ STEDH de 24 de septiembre de 1992, *Kolompar c. Bélgica*, demanda n. 11613/85, págs. 40 a 43.

¹²²¹ STEDH de 13 de diciembre de 2011, *Kanagaratnam y otros c. Bélgica*, demanda n. 15297/09, págs. 94 y 95. En este sentido, STEDH de 23 de julio de 2013, *Suso Musa c. Malta*, demanda n. 42337/12, pág. 102. En este último supuesto, tanto el demandante como diversas ONGs denuncian que el edificio en el que el demandante se encuentra detenido se encuentra completamente sellado por una tela metálica, sometido a constante vigilancia por soldados y agentes de seguridad sin que, además, el establecimiento esté provisto de ninguna situación especial para los solicitantes de asilo. Por tanto, en estas circunstancias, el TEDH afirma que un periodo de seis meses es excesivo conforme al art. 5.1 del CEDH. En este sentido véase

que, durante ese tiempo, el demandante se encuentra detenido en condiciones adecuadas pese a las dificultades que atraviesa el Reino Unido debido a la gran afluencia de solicitantes de asilo que soporta¹²²². En esta línea, en ausencia de condiciones inapropiadas de detención, un período de detención de cinco meses a la espera de que la solicitud de asilo sea resuelta no es considerado por el TEDH como contrario al CEDH¹²²³.

En *Moxamed Ismaaciil y Abdirahman Warsame c. Malta*, los solicitantes permanecen en un centro de detención durante poco menos de doce meses a la espera de que se resuelva su solicitud de asilo. Empero, el Tribunal observa que los demandantes son liberados incluso antes de que se adopte una decisión definitiva respecto a sus solicitudes. Además, durante todo el tiempo que se prolonga la detención, las autoridades nacionales toman las medidas necesarias para tramitar las solicitudes de forma correcta. Asimismo, las condiciones de detención no son inapropiadas, por lo que se considera que la duración de la detención es razonable para el propósito perseguido¹²²⁴.

En este sentido, a pesar de que las legislaciones nacionales establecen un límite máximo por el que se puede detener a un extranjero, ello no significa que el tiempo de detención se adecúe a las exigencias del art. 5 del CEDH, de conformidad con la jurisprudencia del TEDH¹²²⁵. No obstante, la falta de establecimiento de plazos máximos en la normativa interna del Estado, por los que se puede detener a un extranjero a los efectos de su expulsión, puede vulnerar la exigencia de respeto a la “calidad de la ley” (epígrafe 2.1.). En concreto, la falta de previsión o precisión del tiempo máximo de detención en la normativa estatal puede poner de manifiesto que los EP no están adoptando las garantías adecuadas contra la arbitrariedad de la detención¹²²⁶.

también, En este sentido, STEDH de 13 de diciembre de 2011, *Kanagaratnam y otros c. Bélgica*, demanda n. 15297/09, párs. 94 y 95; STEDH de 26 de noviembre de 2009, *Tabesh c. Grecia*, demanda n. 8256/07, pár. 43 y STEDH de 8 de noviembre de 2005, *Alver c. Estonia*, demanda n. 64812/01, pár. 143.

¹²²² STEDH de 29 de enero de 2008, *Saadi c. Reino Unido*, demanda n. 13229/03, pár. 46. En este sentido, STEDH de 23 de octubre de 2012, *Al-Tayyar Abdelhakim c. Hungría*, demanda n. 13058/11, párs. 22 y 23.

¹²²³ STEDH de 21 de julio de 2015, *Nassr Allah c. Letonia*, demanda n. 66166/13, párs. 60 y 61.

¹²²⁴ STEDH de 12 de enero de 2016, *Moxamed Ismaaciil y Abdirahman Warsame c. Malta*, demandas nos. 52160/13 52165/13, pár. 143. En este sentido véase, STEDH de 21 de julio de 2015, *Nassr Allah c. Letonia*, demanda n. 66166/13, pár. 52; STEDH de 5 de junio de 2012, *Shakurov c. Rusia*, demanda n. 55822/10.

¹²²⁵ STEDH de 19 de mayo de 2016, *J.N. c. Reino Unido*, demanda n. 37289/12, pár. 83; STEDH de 14 de abril de 2012, *Mathloom c. Grecia*, demanda n. 4883/07, pár. 71; STEDH de 11 de octubre de 2011, *Auad c. Bulgaria*, demanda n. 46390/10, pár. 131; STEDH de 27 de julio de 2010, *Louled Massoud c. Malta*, demanda n. 24340/08, pár. 71.

¹²²⁶ Esto ocurrió en una serie de demandas planteadas ante el TEDH contra la normativa rusa en materia de extradición; STEDH de 18 de abril de 2013, *Azimov c. Rusia*, demanda n. 67474/11, pár. 171; STEDH de 11 de diciembre de 2008, *Muminov c. Rusia*, demanda n. 42502/06, pár. 121; STEDH de 24 de abril de 2008, *Ismoilov y otros c. Rusia*, demanda n. 2947/06, párs. 139 a 140; STEDH de 11 de octubre de 2007, *Nasrulloev c. Rusia*, demanda n. 656/06, párs. 73 y 74.

Por ejemplo, en *Garayev c. Azerbaiyán*, no hay ninguna disposición en la ley interna azerbaiyana que determine los plazos aplicables a la detención con miras a la expulsión. Por tanto, esta ausencia de disposiciones legales claras que regulen el tiempo de detención, da lugar a que la privación de libertad a la que se ve sometido el demandante no se encuentre limitada por garantías adecuadas contra la arbitrariedad, lo que supone una vulneración del art. 5.1 del CEDH¹²²⁷.

En suma, el comportamiento diligente de las autoridades determina si la detención se extiende durante un tiempo razonable para los fines de la expulsión¹²²⁸. Por ende, aunque el TEDH no exige un criterio de proporcionalidad que evalúe la adopción de medidas menos perniciosas que la detención en el marco de la expulsión, se puede concluir que este criterio es sustituido por la necesidad de una “diligencia debida” en las medidas tendentes a asegurar la rápida ejecución de la expulsión y, por consiguiente, a reducir la detención al tiempo mínimo imprescindible.

5.2. La expiración del tiempo máximo previsto para la detención en el marco del DUE

5.2.1. El límite temporal previsto en la normativa de la UE: ¿cabe expulsión después del internamiento?

El art. 15.5 de la Directiva 2008/115/CE concreta el límite de duración de la detención al establecer que el internamiento se mantendrá mientras persistan las causas establecidas en el art. 15.1; es decir, aquellas que permiten que se pueda proceder al internamiento del extranjero. La Directiva Retorno permite que los EM determinen en su

¹²²⁷ STEDH de 10 de junio de 2010, *Garayev c. Azerbaiyán*, demanda n. 53688/08, pág. 99. En este sentido, STEDH de 8 de enero de 2009, *Khudyakova c. Rusia*, demanda n. 13476/04, pág. 73; STEDH de 21 de junio de 2011, *Adamov c. Suiza*, demanda n. 3052/06, pág. 54; STEDH de 13 de julio de 2010, *Ahmed c. Rumanía*, demanda n. 34621/03, págs. 25 a 40; STEDH de 12 de enero de 2010, *Al-Agha c. Rumanía*, demanda n. 40933/02, págs. 82 a 94; STEDH de 27 de julio de 2010, *Louled Massoud c. Malta*, demanda n. 24340/08, págs. 71 a 74; STEDH de 28 de octubre de 2003, *Minjat c. Suiza*, demanda n. 38223/97, pág. 40.

¹²²⁸ En este sentido, GAMARRA CHOPO señala que: “resulta contradictorio apelar a la seguridad jurídica como hace el TEDH [...] y cifrarla en términos de accesibilidad, precisión y previsibilidad, al tiempo que se mantiene que la adecuación de una determinada medida de detención con el art. 5, párr. 1 (f) del CEDH dependerá de que las autoridades actúen con la «diligencia debida» y, en lo que afecta al plazo de mantenimiento de la detención, no la prolonguen más allá de lo que sea «razonablemente necesario», GAMARRA CHOPO, Y., “El derecho de la Unión Europea y los no nacionales: inmigración irregular, seguridad y derechos humanos en el Mediterráneo”, en GRASA HERNÁNDEZ, R., BLANC ALTERMIR, A. y DIAGO DIAGO, P. (Dirs.), *La aplicación de la mediación en la resolución de los conflictos en el Mediterráneo (Iniciativa para la Mediación en el Mediterráneo)*”, AEPDIRI, Ministerio De Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2016, 151-168, pp. 164 y 165.

legislación interna el tiempo máximo de detención, atendiendo siempre al límite máximo permitido por la citada norma: seis meses. Por su parte, el art. 15.6. dispone que este periodo máximo puede ser prorrogado hasta doce meses más en los supuestos en los que la expulsión no se haya podido llevar a término debido a la falta de cooperación del sujeto objeto de expulsión. Así como también debido a los retrasos de terceros países en expedir la correspondiente documentación que permita al extranjero abandonar el territorio del EM. Por tanto, si se dan estas circunstancias, un extranjero puede permanecer internado hasta dieciocho meses¹²²⁹. Si bien, se trata de un límite máximo establecido en el DUE, por lo que cada EM debe determinar en su ordenamiento jurídico interno el tiempo exacto durante el cual un extranjero puede ser internado a efectos de expulsión, teniendo en consideración el techo impuesto por la Directiva 2008/115/CE¹²³⁰. No hace mucho la

¹²²⁹ El texto originario de la Directiva propuesto por la Comisión en 2005, proponía un plazo de internamiento de tres meses, pudiendo ser ampliado hasta un máximo de seis meses; véase Comisión de las Comunidades Europeas, “Propuesta presentada por la Comisión de la Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio”, COM(2005) 391 final, 2005/0167 (COD). Bruselas 1 de septiembre de 2005. El Parlamento, en las enmiendas al texto de la Comisión, propone rebajar este plazo limitando la prórroga a un máximo de tres meses en lugar de los seis meses propuestos por la Comisión. La propuesta del Parlamento no sale adelante ya que, para conseguir el acuerdo de los Estados, fue necesario elevar el periodo máximo de la detención. Véanse las enmiendas y justificaciones del Parlamento al proyecto de la Comisión en, Parlamento Europeo, “Proyecto de Resolución Legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio”, (COM(2005)0391 – C6-0266/2005 – 2005/0167(COD)), 20 de septiembre de 2007. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2007-0339+0+DOC+XML+V0//ES#title6>. Sobre los procesos de negociación y las posturas entre el Parlamento, el Consejo y la Comisión véase ACOSTA ARCARAZO, D., “The good, the bad and the ugly in EU migration law: is the European Parliament becoming bad and ugly? (the adoption of Directive 2008/15: the returns directive)”, *EJML*, vol. 11, issue 1, 2009, 19-39. En este sentido se ha criticado el que se penalice al extranjero detenido por la falta de cooperación de las instituciones del país receptor en emitir los documentos pertinentes para proceder a la expulsión del extranjero internado. Así como, en general, se critica que se limite el DH a la libertad por motivos ajenos al extranjero; DI FILIPPO, M., “L’allontanamento dello straniero nella normativa dell’Unione europea” en CALAMIA, A.M., DI FILIPPO, M. y GESTRI, M. (Eds.), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Cedam, Padova, 2012, 429-469; CHUECA SANCHO, A.G., “Un derecho migratorio europeo cada día más incompatible con el derecho internacional de los derechos humanos”, en CHUECA SANCHO, A.G., (Dir.), *Derechos humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea*, Lex Nova, Valladolid, 2010, 135-157, pp. 147 y 148; FAJARDO DEL CASTILLO, T., “La Directiva sobre el Retorno de los inmigrantes en situación irregular”, *RDCE*, n. 33, 2009, 453-499; QUERALT JIMÉNEZ, A., “El internamiento a efectos de expulsión en la nueva Directiva de retorno de inmigrantes”, *REE*, n. 50, 2008, 107-124.

¹²³⁰ A raíz de la aprobación de la Directiva 2008/115/CE y, con ella, el establecimiento del límite máximo de internamiento de extranjeros de hasta dieciocho meses, se modificó la LO 4/2000, donde se preveía en su art. 58.2 que el tiempo máximo de duración de un internamiento a efectos de expulsión era de cuarenta días. Esta modificación, materializada en la LO 2/2009 ha dado lugar a que en el art. 62.2 se permita un internamiento de una duración máxima de sesenta días. No obstante, según lo dispuesto por el Ministerio de Interior en 2014, la medida de permanencia es de 22/23 días; Ministerio de Interior, “Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE)”, 2014. Disponible en: http://www.interior.gob.es/documents/10180/1703283/REGLAMENTO_CIE.pdf/ff3f967a-a71e-4622-8f14-220043b27a04. Para un análisis acerca estas reformas y su implicación en la actual regulación

Comisión ha propuesto la revisión de la Directiva Retorno con el fin de obligar a que los EM prevean en su normativa interna un período inicial de internamiento no inferior a tres meses, con el objetivo de llevar a cabo con éxito las expulsiones¹²³¹.

Actualmente la Directiva Retorno dispone que, una vez agotado el tiempo máximo de internamiento sin que la expulsión se haya efectuado, debe ponerse fin al internamiento de forma automática, con independencia de los motivos que han impedido la expulsión. Como se ha señalado, se trata de la aplicación del principio de provisionalidad¹²³². La interpretación dada por el TJUE a este respecto no deja margen de apreciación ninguno:

“[...] el artículo 15, apartados 4 y 6, de la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que no permite, cuando haya terminado el período máximo de internamiento previsto por esa Directiva, que el interesado no sea inmediatamente puesto en libertad, debido a que no esté en posesión de documentos válidos, dé muestras de comportamiento agresivo y no disponga de medios de subsistencia propios ni de una vivienda, o de medios facilitados con ese objeto por el Estado miembro”¹²³³.

Por tanto, una vez alcanzado el máximo tiempo de internamiento sin que la expulsión se lleve a cabo, el extranjero debe ser puesto en libertad de forma inmediata. En estos supuestos, aunque el nacional del tercer Estado es puesto en libertad, su situación administrativa en el EM sigue siendo irregular en tanto en cuanto sigue recayendo sobre él un procedimiento de expulsión. Por tanto, el extranjero se encuentra en lo que se puede denominar un “limbo jurídico”¹²³⁴. La Directiva Retorno no regula las situaciones que se

en los centros de internamiento de extranjeros en España, véase DONAIRE VILLA, F.J., “Detención e internamiento de extranjeros a efectos de expulsión. Régimen de los centros de internamiento de extranjeros”, en BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F.J. y MOYA MALAPIEDRA, D. (Coords.), *La Nueva Regulación de la Inmigración y la Extranjería en España. Régimen Jurídico tras la LO 2/2009, El Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, 508-520.

¹²³¹ Comisión Europea – Comunicado de Prensa, “Estado de la Unión 2018: la Comisión propone los últimos elementos necesarios para alcanzar una fórmula transaccional en materia de migración y reforma de las fronteras”, 12 de septiembre de 2018, p. 3. Disponible en: file:///C:/Users/User/Desktop/IP-18-5712_ES.pdf

¹²³² DAUNIS, RODRÍGUEZ, A., “Las cárceles de los excluidos y marginados. Situación de los centros de internamiento de extranjeros tras la aprobación de su Reglamento”, *RDME*, n. 40, 2015, 33-61, p. 45.

¹²³³ STJCE de 30 de noviembre de 2009, *Kadzoev*, asunto C-357/09PPU, apdo. 71. Sin embargo, el AG, en sus conclusiones, defiende que un internamiento a causa de un comportamiento agresivo, con fundamento jurídico en el Derecho nacional como, por ejemplo, una legislación dirigida a preservar el orden público es posible; Conclusiones del AG, Ján Mazák, de 10 de noviembre de 2009, *Kadzoev*, asunto C-357/09 PPU, nota a pie 38. Véase a este respecto, MANGAS MARTIN, A., “Algunos desarrollos jurisprudenciales sobre asilo e inmigración irregular en la Unión Europea”, en CARDONA LLORENS, J., *et al.*, *Estudios de derecho internacional y derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González (tomo II)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, 1629-1644, pp. 1643 y 1644.

¹²³⁴ Sobre este colectivo véase en la doctrina, BASILIEN-GAINCHE, M.L., “Immigration Detention under the Return Directive: The CJEU Shadowed Lights”, *EJML*, vol. 17, n.1, 2015, 104-126, pp. 122 y ss. Un estudio comparativo entre los tribunales de EEUU, Europa y Australia, pone de relieve que si bien en

dan si la expulsión no puede ejecutarse¹²³⁵. Únicamente, el considerando duodécimo de la citada norma¹²³⁶ hace mención a esta circunstancia, pero deja a los EM que ellos mismos definan las condiciones básicas de subsistencia de conformidad con la legislación nacional. La disparidad en el catálogo de garantías del ordenamiento jurídico de cada uno de los EM, puede conducir a desplazamientos intracomunitarios, nutriendo así los movimientos secundarios de extranjero en situación irregular y, por ende, la inmigración clandestina dentro de la Unión¹²³⁷.

El propósito de la Directiva Retorno se limita únicamente al retorno de nacionales de terceros Estados que se encuentran de manera irregular en el territorio de un EM. Por tanto, queda fuera de su ámbito de actuación la armonización de las normas domésticas en materia de residencia de extranjeros¹²³⁸. El objetivo de la Directiva no es regular las condiciones de residencia de nacionales de terceros países que han sido puestos en libertad una vez que la perspectiva de la expulsión ya no es razonable o el plazo máximo de detención expira sin que se haya podido ejecutar la expulsión. En este sentido, según el TJUE:

Australia se permite la detención indefinida de extranjeros hasta ejecutarse su expulsión, en EEUU y Europa las personas no pueden ser detenidas indefinidamente por lo que los Estados pueden encontrarse en situaciones en las que no puedan expulsar a los extranjeros a otros país y las autoridades estatales sentir que estos extranjeros representan un riesgo para la seguridad nacional, problema para el que los tribunales estadounidenses y europeos no han encontrado, de momento, ninguna solución; GOLDENZIEL, J.I., “Checking rights at the border: migrant detention in international and comparative law”, *Virginia Journal of International Law*, June 19, 2018, 1-61, pp. 59 y 69.

¹²³⁵ En la propuesta de Directiva Retorno de los nacionales de terceros Estados que la Comisión le presentó al Parlamento Europeo y al Consejo, sí que se abordaba este aspecto en el considerado 8 con los siguientes términos: “Conviene abordar la situación de las personas que se encuentran ilegalmente en el territorio pero que no pueden (todavía) ser expulsadas. Procede establecer normas mínimas para las condiciones de estancia de dichas personas, con referencia a las disposiciones de la Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo”; Comisión de las Comunidades Europeas, “Propuesta presentada por la Comisión de la Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio”, COM(2005) 391 final, 2005/0167 (COD). Bruselas 1 de septiembre de 2005.

¹²³⁶ A tenor de este redactado “debe abordarse la situación de los nacionales de terceros países que están en situación irregular pero que todavía no pueden ser expulsados. Procede definir sus condiciones básicas de subsistencia según la legislación nacional. Para poder demostrar su situación concreta en el caso de controles o verificaciones administrativas, es preciso proporcionar a estas personas una confirmación escrita de su situación. Los Estados miembros deben disfrutar de amplia discreción sobre la forma y formato de la confirmación escrita y deben también poder incluirla en las decisiones relativas al retorno adoptadas en virtud de la presente Directiva”.

¹²³⁷ STJUE de 14 de septiembre de 2017, *K.*, asunto C-18/16, apdo. 39; véanse en este sentido las conclusiones del AG, Yves Bot, presentadas el 4 de septiembre de 2014, *Abdida*, asunto C-562/13, punto 152.

¹²³⁸ STJUE de 6 de diciembre de 2012, *Sagor*, asunto C-430/11, apdo. 31; STJUE de 6 de diciembre de 2011, *Achughbajian*, asunto C-329/11, apdo. 28. Empero, como señala el AG, Maciej Szpunar, el objetivo de la Directiva Retorno no es prevenir las estancias irregulares, sino poner fin a las mismas; Conclusiones del AG, Maciej Szpunar, presentadas el 28 de abril de 2015, *Celaj*, asunto C 290/14, punto 57.

“La Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que no puede obligarse a un Estado miembro a conceder un permiso de residencia autónomo u otra autorización que confiera un derecho de estancia a un nacional de un tercer país que carezca de documentos de identidad y no haya obtenido tales documentos de su país de origen, después de que un juez nacional haya puesto en libertad a ese nacional por haber desaparecido la perspectiva razonable de expulsión en el sentido del artículo 15, apartado 4, de esa Directiva [...]”¹²³⁹.

La única exigencia derivada del duodécimo considerando de la Directiva Retorno en estos supuestos, es la expedición por parte del EM al extranjero de una confirmación escrita de su situación. En concreto, los EM deben proporcionar a los extranjeros una confirmación escrita que acredite sus circunstancias administrativas, dejando libertad a los Estados acerca de la forma en que se lleve a cabo dicha comunicación¹²⁴⁰. La misma sirve, como mantiene el AG, para que, si esta persona es nuevamente detenida por las autoridades del Estado, el interesado pueda acreditar su situación en el marco de un control administrativo de verificación de su situación legal en el Estado. En ningún caso la confirmación de su situación puede equipararse a un pleno reconocimiento del derecho de estancia legal¹²⁴¹. Por tanto, si el EM no extiende dicha confirmación, pueden ocasionarse nuevos arrestos ya que, una vez en libertad, este colectivo, que se podría calificar de “inexpulsable”, no puede ser distinguido de los extranjeros cuya situación administrativa todavía no ha sido identificada por las autoridades nacionales.

El art. 6.4 de la Directiva Retorno deja la puerta abierta a los Estados para conceder un permiso de residencia o una autorización que conceda un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo en cualquier momento¹²⁴². En otros contextos, cuando una Directiva deja a los EM un margen de discrecionalidad, esta apreciación por parte del

¹²³⁹ STJUE de 5 de junio de 2014 *Mahdi*, asunto C-146/14 PPU, apdo. 90. En este sentido véase MITSILEGAS V., *The Criminalisation of Migration in Europe: Challenges for Human Rights and the Rule of Law*, Springer, London, 2015, p. 103.

¹²⁴⁰ En este sentido se encuentra recogido en el art. 14.2 la Directiva 2008/115/CE.

¹²⁴¹ Conclusiones de AG, Maciej Szpunar, presentadas el 14 de mayo de 2014, *Mahdi*, asunto C-146/14 PPU, punto 96. En la práctica, son varios los Estados los que frecuentemente no expiden estas notificaciones, o simplemente no tienen una regulación en su ordenamiento interno para prevenir los obstáculos que puedan surgir en el procedimiento de expulsión. Entre estos Estados se encuentra Italia, Bélgica, Luxemburgo, Estonia, España o Portugal. Véanse las normativas y prácticas estatales de los EM sobre las personas que no pueden ser expulsadas por razones técnicas o prácticas en el informe de la FRA, “Fundamental rights of migrants in an irregular situation in the European Union”, Publications office of the European Union. Luxembourg, 2011, p. 33. Disponible en: <http://fra.europa.eu/en/publication/2012/fundamental-rights-migrants-irregular-situation-european-union>

¹²⁴² STJUE de 5 de junio de 2014, *Mahdi*, asunto C-146/14 PPU, apdo. 88.

Estado debe ejercerse de manera coherente con las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales¹²⁴³.

La situación en la que se encuentra un extranjero que no es expulsado ni regularizado puede abocarle a la marginalidad social. Por ejemplo, en *Abdida*, el AG, pone de relieve que:

“ese estatuto determina evidentemente su grado de acceso a un empleo, a una vivienda y a las prestaciones sociales y sanitarias, que es prácticamente nulo en esas condiciones. El Sr. Abdida está excluido del mercado legal de trabajo, lo que implica la falta de recursos para subvenir a sus necesidades y, en particular, para alimentarse, vestirse y alojarse. Hace frente ciertamente a grandes dificultades para acceder a una vivienda y, por otra parte, el arrendamiento de una vivienda a un migrante en situación irregular puede ser sancionable. Además, sólo puede acceder parcialmente a la asistencia social dado que conforme a la legislación nacional aplicable ésta se limita a la asistencia sanitaria urgente”¹²⁴⁴.

Asimismo, en *Kadzoev*, una vez se pone en libertad al demandante por haber alcanzado el máximo tiempo permitido de internamiento, dieciocho meses, este se encuentra privado de documentos y en la indigencia, debido a que la legislación búlgara no le concede ningún estatuto que, al menos, tolere su estancia, ante la imposibilidad de su expulsión por el momento¹²⁴⁵.

En este contexto cabe preguntarse hasta qué punto el limbo jurídico que el DUE no resuelve podría suponer una vulneración del art. 3 del CEDH. En este sentido, el TEDH no excluye la posibilidad de que un EP vulnere el art. 3, por un trato inhumano o degradante hacia un extranjero que depende totalmente de la ayuda pública y que, sin embargo, soporta la indiferencia de las autoridades estatales. Más aún en circunstancias en las que la falta de medios es tan importante que alcanza un nivel incompatible con la dignidad humana¹²⁴⁶. En *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, se concluye que Grecia vulnera el art. 3 del CEDH, debido a que la situación de extrema indigencia del demandante mientras

¹²⁴³ STJCE de 27 de junio de 2006, *Parlamento Europeo c. Consejo de la UE*, asunto C-540/04, apdo. 104. En este sentido STJUE de 4 de marzo de 2010, *Chakroun*, asunto C-578/08, apdo. 44.

¹²⁴⁴ Conclusiones del AG, Yves Bot, presentadas el 4 de septiembre de 2014, *Abdida*, asunto C-562/13, punto 147.

¹²⁴⁵ STJCE de 30 de noviembre de 2009, *Kadzoev*, asunto C-357/09 PPU.

¹²⁴⁶ STEDH de 18 de junio de 2009 (decisión de admisibilidad), *Budina c. Rusia*, demanda n. 45603/05; STEDH de 23 de abril de 2002 (decisión de admisibilidad), *Larioshina c. Rusia*, demanda n. 56869/00; STEDH de 1 de diciembre de 2009 (decisión de admisibilidad), *Huc c. Rumania y Alemania*, demanda n. 7269/05, pár. 59 y STEDH de 25 de octubre de 2005, *Kutepov y Anikeenko c. Rusia*, demanda n. 68029/01, pár. 62.

aguarda la resolución de su solicitud de protección internacional, lo ha sometido a un trato humillante. El TEDH mantiene que se ha producido una falta de respeto a su dignidad que despierta en el demandante sentimientos de miedo, angustia e inferioridad capaces de conducir a la desesperación. En tales circunstancias, unidas a la prolongada incertidumbre en la que el demandante permanece y la total ausencia de perspectivas de que su situación mejore, se llega a la conclusión de que el EM ha vulnerado el art. 3 del CEDH ¹²⁴⁷.

5.2.2. El cómputo del tiempo de internamiento

A la hora de computar el tiempo durante el que un extranjero permanece privado de libertad, a los efectos de calcular los límites temporales dispuestos en el art. 15, apdos. 5 y 6 de la Directiva Retorno, existen dos supuestos que pueden plantear dudas sobre el método mediante el que se debe computar el tiempo que un extranjero permanece internado a efectos de expulsión. El primero de ellos es el cómputo de los periodos de internamiento si se trata de solicitantes de asilo. El segundo es el cálculo de estos periodos durante el transcurso de un procedimiento en el que se ha planteado un recurso contra la expulsión con efecto suspensivo. Con relación al primer supuesto:

“el período durante el que una persona ha permanecido en un centro de internamiento temporal, con fundamento en una decisión adoptada en virtud de las disposiciones nacionales y comunitarias relativas a los solicitantes de asilo, no debe considerarse como un internamiento a efectos de la expulsión en el sentido del artículo 15 de la Directiva 2008/115¹²⁴⁸”.

Por consiguiente, únicamente es computable el tiempo de internamiento a efectos de los plazos máximos establecidos en la Directiva Retorno, si el internamiento se encuentra bajo el régimen de “internamiento a efectos de expulsión” y no en el marco de la tramitación de una solicitud de protección internacional. Esta situación puede darse, por ejemplo, si un extranjero es internado en el marco de un procedimiento de retorno y, durante el transcurso del mismo solicita protección internacional. En este caso se da un supuesto de solapamiento de trámites procesales. En estas circunstancias, las autoridades deben adoptar una nueva decisión de internamiento en el marco de la solicitud de asilo, dejando de computar este periodo de tiempo dentro de los plazos establecidos en la Directiva Retorno. Dado que el solicitante de protección internacional no puede ser

¹²⁴⁷ STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n. 30696/09, pág. 263.

¹²⁴⁸ STJCE de 30 de noviembre de 2009, *Kadzoev*, asunto C-357/09PPU, apdo. 48.

considerado un extranjero en situación irregular hasta que su solicitud sea denegada, esta persona queda fuera del ámbito de aplicación de la Directiva Retorno¹²⁴⁹.

Empero, si la simple solicitud de asilo conlleva la libertad del individuo, la eficacia de la Directiva Retorno se vería minada. Por ello se mantiene que la existencia de dos regímenes diferentes, y el hecho de que a consecuencia de la solicitud de asilo no se pueda seguir llevando a cabo la medida privativa de libertad conforme la Directiva 2008/115/CE, no conllevan la obligación de los EM de poner en libertad automáticamente a los detenidos una vez estos solicitan protección internacional. Cabe mantener el internamiento siempre que los Estados, tras una apreciación de todas las circunstancias que rodean el caso, tomen una decisión sobre el internamiento con arreglo a la legislación nacional para proseguir con el internamiento, el cual es objetivamente necesario para evitar que el interesado eluda definitivamente su expulsión¹²⁵⁰.

No obstante, los EM no deben presuponer que la finalidad de la solicitud de protección internacional es evitar la detención adoptada en el marco de la Directiva 2008/115/CE. El tribunal de Luxemburgo concluye que es necesario proceder a un examen casuístico que permita afirmar que la única finalidad de la solicitud de protección internacional es obstruir la expulsión y que, en el supuesto concreto, es objetivamente necesario mantener el internamiento¹²⁵¹.

A este respecto, y dado que el internamiento puede darse tanto en el marco de los procedimientos iniciados a raíz de las solicitudes de protección internacional, como en el marco de un procedimiento de expulsión, en *Kadzoev* el TJUE sostiene que el juez nacional es el competente para determinar el régimen de internamiento en el que se

¹²⁴⁹ STJUE de 30 de mayo de 2013, *Arslan*, asunto C-534/11, apdo. 49. A respecto véanse las Conclusiones del AG, Ján Mazák, presentadas el 10 de noviembre de 2009, *Kadzoev*, asunto C-357/09 PPU, puntos 81 a 86.

¹²⁵⁰ STJUE de 30 de mayo de 2013, *Arslan*, asunto C-534/11, apdo. 63. En esta cuestión prejudicial el Sr. Arslan es detenido por una patrulla de la policía checa e internado a efectos de expulsión. La duración del internamiento del Sr. Arslan se fija en sesenta días basándose en particular en que, habida cuenta de su comportamiento en el pasado, cabía presumir que intentaría sustraerse a la decisión de expulsión. En la decisión se indicaba que el interesado había entrado clandestinamente en el espacio Schengen para evitar los controles en las fronteras y que había residido sucesivamente en Austria y en la República Checa sin documentos de viaje ni visado. El mismo día en que fue adoptada esta última decisión, el Sr. Arslan presentó ante las autoridades checas una declaración con objeto de obtener protección internacional. El internamiento del Sr. Arslan es prorrogado por ciento veinte días basándose en que esa prórroga era necesaria para proseguir los trámites de ejecución de la decisión de expulsión del interesado. Además, se indicaba que la solicitud de protección internacional se había presentado con el fin de obstaculizar la ejecución de la decisión de expulsión. El Sr. Arslan interpuso recurso contra esa decisión de prorrogar su internamiento, alegando en particular que, dado que había presentado una solicitud de protección internacional, en el momento de la adopción de aquélla no había perspectivas razonables de que su expulsión pudiera tener lugar durante el período máximo de internamiento de 180 días previsto en normativa checa.

¹²⁵¹ En este sentido, STJUE de 30 de mayo de 2013, *Arslan*, asunto C-534/11, apdo. 62.

encuentra el extranjero¹²⁵². En concreto, el TJUE afirma que si el internamiento del extranjero:

“siguió estando basado en el régimen nacional anterior de internamiento a efectos de la expulsión o en el régimen de la Directiva 2008/115, el período de [...] que corresponda al período durante el que estaban en curso dichos procedimientos de asilo debería computarse para el cálculo del período de internamiento a efectos de la expulsión previsto por el artículo 15, apartados 5 y 6, de la Directiva 2008/115”¹²⁵³.

El segundo supuesto está referido al cálculo de los periodos de internamiento en los casos en los que, durante el transcurso del procedimiento de expulsión, se plantea un recurso con efecto suspensivo. El objetivo de los plazos máximos de internamiento establecidos en la Directiva Retorno es el de garantizar que la duración máxima del internamiento de extranjeros a efectos de expulsión sea común a todos los EM. Por ello, si no se computara el tiempo de internamiento transcurrido durante la tramitación de un recurso por el que se resuelve la legalidad de la decisión de expulsión, la duración máxima de la detención variaría demasiado de un supuesto a otro en el mismo EM, o bien de un EM a otro debido a las singularidades de cada procedimiento judicial en el orden interno. Por tanto, el transcurso de tiempo de internamiento durante la tramitación de los recursos contra la legalidad de la expulsión computa a los efectos del tiempo máximo permitido en la Directiva Retorno¹²⁵⁴. Asimismo, los periodos de internamiento anteriores a la aplicación de la Directiva Retorno también deben ser computados, para así no vulnerar el período máximo fijado por esta norma¹²⁵⁵.

¹²⁵² Sobre este asunto véase en la doctrina, Sobre este asunto véase, entre otros, CORNELISSE G., “Case C-357/09 PPU, proceedings concerning Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov), Judgement of the European Court of Justice (Grand Chamber) of 30 November 2009”, *Common Market Law Review*, vol. 48, issue 3, 2011, 925-945; LUTZ, F., “Làrret Kadzoev: un premier test pour la directive Retour”, *Revue du Droit de l’Union Européenne*, 2010, n. 22, 331-345; GONZÁLEZ SAQUERO, P., “El internamiento de extranjeros y sus límites. Sentencia del TJUE as. Kadzoev (2009)”, en GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. y ALONSO GARCIA, R. (Coords.), *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas, Navarra, 2012, 3305-3326.

¹²⁵³ STJCE de 30 de noviembre de 2009, *Kadzoev*, asunto C-357/09 PPU, apdo. 47. Como mantiene la Comisión Europea, esta misma lógica se aplica en la contabilización de los periodos de internamiento a la espera de la preparación de un traslado con arreglo al Reglamento de Dublín; Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión de 16 de noviembre de 2017 por la que se establece un «Manual de Retorno» común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno. Bruselas, 16 de noviembre de 2017 (*DOUE* L 339/83, de 19 de diciembre de 2017), p. 145.

¹²⁵⁴ STJCE de 30 de noviembre de 2009, *Kadzoev*, asunto C-357/09PPU, apdos. 53 a 57.

¹²⁵⁵ STJCE de 30 de noviembre de 2009, *Kadzoev*, asunto C-357/09PPU, apdos. 36 y 37.

Aunque cabe plantear la siguiente pregunta: ¿qué pasa si se pone fin al internamiento por la expiración del límite máximo del período de internamiento? ¿Puede ser nuevamente internado el extranjero con arreglo a un procedimiento de expulsión por todo el periodo contemplado en la Directiva 2008/115/CE? A día de hoy, el TJUE no se ha pronunciado expresamente sobre esta cuestión¹²⁵⁶. Empero, como se ha estudiado en el Capítulo VII.2.3., el TJUE mantiene que el DUE se opone a una normativa en materia penal que permite el encarcelamiento de un nacional de un tercer país al que se haya aplicado el procedimiento de retorno establecido la Directiva 2008/115/CE y que se encuentra en situación irregular en el referido territorio sin que exista un motivo justificado para el no retorno¹²⁵⁷. Por tanto, una vez finalizado el internamiento, los EM pueden internar al extranjero en el marco del derecho penal, pero sólo por un delito diferente al de la estancia irregular. De lo contrario, como manifiesta la Comisión Europea, se estaría socavando el art. 15 de la Directiva Retorno en el que se limita la detención de un extranjero por motivos migratorios a un máximo de dieciocho meses¹²⁵⁸.

5.3. La ausencia de perspectiva real de expulsión

El art. 19.3, letra b) del Proyecto de la CDI establece que “se pondrá fin a la detención a efectos de expulsión cuando la expulsión no pueda llevarse a cabo, salvo que ello se deba a razones imputables al extranjero en cuestión”. Dado que todos los apartados del art. 19 deben leerse en conjunto, la CDI mantiene que incluso si la imposibilidad de ejecutar la expulsión es imputable al extranjero, la detención de este no puede tener una duración excesiva¹²⁵⁹.

Por su parte, el CDH interpreta el art. 9.1 del PIDCP en sentido similar a la propuesta de la CDI y considera que “una vez que una perspectiva razonable de expulsión no existe,

¹²⁵⁶ En este sentido la Comisión Europea sostiene que una vez expirado el plazo máximo de internamiento previsto en la Directiva Retorno, “el reinternamiento posterior de una misma persona solo puede ser legítimo si se ha producido un cambio importante de las circunstancias pertinentes (por ejemplo, la expedición por un tercer país de los documentos necesarios o una mejora de la situación en el país de origen que permita un retorno seguro), si este cambio da lugar a una «perspectiva razonable de expulsión» de conformidad con el artículo 15, apartado 4, de la Directiva relativa al retorno y si se cumplen todas las condiciones restantes para imponer el internamiento en virtud del artículo 15 de dicha Directiva”; Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión de 16 de noviembre de 2017 por la que se establece un «Manual de Retorno» común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno. Bruselas, 16 de noviembre de 2017 (*DOUE* L 339/83, de 19 de diciembre de 2017), p. 146.

¹²⁵⁷ STJUE de 6 de diciembre de 2011, *Achughbabian*, asunto C-329/11, apdos. 29 a 31.

¹²⁵⁸ Comisión Europea, Dirección General de Justicia y Asuntos de Interior, “Brainstorming on best practices in relation to «non-removable returnees»”, Contact Group “Return Directive” (2008/115/EC). Bruselas, 21 de marzo de 2013.

¹²⁵⁹ Proyecto de la CDI, Doc. A/69/10, comentario 9), a la propuesta de art. 19, p. 55.

la detención debe darse por terminada”. Así, en *Jalloh c. Países Bajos* se considera que la detención inicial del demandante es conforme con el art. 9.1 del Pacto dado que, entre otras cosas, durante la detención existe una posibilidad razonable de que el demandante sea expulsado y una vez esta posibilidad desaparece, las autoridades ponen fin al internamiento¹²⁶⁰. Asimismo, el art. 9 del Pacto excluye la detención durante largos períodos si la expulsión puede ser imposible por razones legales o de otro tipo¹²⁶¹.

El art. 5 del CEDH no incluye ninguna referencia al término “perspectiva razonable de expulsión”; pero en su jurisprudencia el TEDH se sirve de esta noción para decidir si se ha vulnerado el art. 5.1, letra f). La detención solo puede justificarse si es llevada a cabo dentro de un procedimiento de expulsión en curso y existe una perspectiva real de ejecución durante todo el tiempo que se lleve a cabo la detención. Por ende, tiene que desarrollarse en el marco de un procedimiento de expulsión factible¹²⁶². En *Samy c. Países Bajos*, el demandante es detenido durante casi un año, tiempo durante el cual las autoridades estatales desconocen la nacionalidad del extranjero. Por ello el Estado demandado, seguramente para evitar una más que probable condena por parte del TEDH debido a la detención de un extranjero cuya expulsión es altamente improbable, llega a un acuerdo amistoso con el demandante, con indemnización incluida¹²⁶³.

El TEDH ha reconocido el derecho que tienen los Estados a controlar la salida y entrada de extranjeros en su territorio, y en aras a ello, proceder a la detención de los mismos en los supuestos que así lo requieran. Esta medida solo es conforme con el CEDH si se están llevando a cabo las medidas oportunas tendentes a ejecutar la expulsión, sin que la duración de la detención exceda de lo razonablemente necesario para dicha

¹²⁶⁰ CDH, comunicación n. 794/1998, *Jalloh c. Países Bajos*, CCPR/C/74/D/794/1998, 26 de marzo de 2002, pár. 8.2. En este sentido, El Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria subraya la necesidad de adoptar disposiciones que permitan mantener que la detención es ilegal si el obstáculo que impide identificar a los inmigrantes en situación irregular o proceder a su expulsión del territorio no está dentro de su competencia. Esto sucede cuando, por ejemplo, la representación consular del país de origen no coopera, o si la expulsión no pueda realizarse por consideraciones legales, tales como, el principio de prohibición de la expulsión cuando existen riesgos de ser sometido a tortura o a detención arbitraria en el país de destino, o debido a obstáculos de hechos, como la no disponibilidad de medios de transporte; Consejo de DDHH, “Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria”, A/HRC/10/21, 16 de febrero de 2009, pár. 67.

¹²⁶¹ CDH, “Examen de los Informes presentados por los Estados parte en virtud del artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del CDH a Reino Unido”, CCPR/CO/73/UK y CCPR/CO/73/UKOT, 6 de diciembre de 2001, pár. 16.

¹²⁶² STEDH de 22 de septiembre de 2015, *Nabil y otros c. Hungría*, demanda n. 62116/12, pár. 38; STEDH de 13 de julio de 2010, *Ahmed c. Rumania*, demanda n. 34621/03, pár. 29; STEDH de 26 de julio de 2011, *M. y otros c. Bulgaria*, demanda n. 41416/08, párs. 75 y 76; STEDH de 19 de febrero de 2009, *A. y otros c. Reino Unido*, demanda n. 3455/05, párs. 166 a 171, y STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, demanda n. 22414/93, pár. 113.

¹²⁶³ STEDH de 18 de junio de 2002, *Samy c. Países Bajos*, demanda n. 36499/97, pár. 12.

finalidad¹²⁶⁴. Si las autoridades nacionales competentes llegan al convencimiento de que no existe una perspectiva real de expulsión, los motivos por los que inicialmente se decide la detención dejan de tener validez y, por tanto, para el tribunal de Estrasburgo se vulnera el CEDH. Así por ejemplo, en *Mikolenko c. Estonia*, en principio se acepta que la detención es conforme con el art. 5.1, letra f), pero los motivos que inicialmente justifican la medida no han sido válidos durante toda la privación de libertad del demandante, debido a la ausencia de perspectiva real de expulsión¹²⁶⁵. En *Amie y otros c. Bulgaria*, se reconoce la dificultad e incluso en ocasiones la imposibilidad de expulsar a extranjeros y solicitantes de asilo, ya que no son demasiados los países disponibles a los que puedan ser expulsados. Las autoridades deben ser conscientes de esas dificultades, y deben valorar si existe una perspectiva razonable de expulsión con el fin de que la detención con miras a la expulsión pueda estar justificada desde el inicio, y también durante todo el tiempo por el que se prolonga¹²⁶⁶.

A la hora de valorar la existencia de una perspectiva real de expulsión, se debe tener en cuenta, entre otras circunstancias, la adopción de acuerdos de expulsión o extradición. Por tanto, la cooperación entre los Estados es también un factor relevante a considerar para determinar si la detención es conforme al CEDH¹²⁶⁷.

Por su parte, en el art. 15.4 de la Directiva Retorno se dispone que:

“Cuando parezca haber desaparecido la perspectiva razonable de expulsión, bien por motivos jurídicos o por otras consideraciones, o que hayan dejado de cumplirse las condiciones descritas en el apartado 1, dejará de estar justificado el internamiento y la persona de que se trate será puesta en libertad inmediatamente”¹²⁶⁸.

¹²⁶⁴ STEDH de 21 de enero de 2012, *M.S. c. Bélgica*, demanda n. 50012/08, párr. 147; STEDH de 19 de febrero de 2009, *A. y otros c. Reino Unido*, demanda n. 3455/05, párr. 164; STEDH de 29 de enero de 2008, *Saadi c. Reino Unido*, demanda n. 13229/03, párr. 74.

¹²⁶⁵ STEDH de 8 de octubre de 2009, *Mikolenko c. Estonia*, demanda n. 10664/06, párrs. 60 a 68. En *Louled Massoud c. Malta* se vulnera el art. 5.1 del CEDH debido a las dudas que afectan al procedimiento de expulsión del demandante argelino, quien se encuentra detenido durante un periodo de más dieciocho meses y nueve días después de que su solicitud de asilo sea denegada. Por tanto, el TEDH valora que la inexistencia de una perspectiva razonable de expulsión y la falta de diligencia que, en este supuesto, caracteriza la actuación de las autoridades encargadas de la expulsión conlleva una vulneración del CEDH; STEDH de 27 de julio de 2010, *Louled Massoud c. Malta*, demanda n.24340/08, párrs. 69 a 7; STEDH de 19 de febrero de 2009, *A. y otros c. Reino Unido*, demanda n. 3455/05, párr. 167.

¹²⁶⁶ STEDH de 12 de febrero de 2013, *Amie y otros c. Bulgaria*, demanda n. 58149/08, párr. 77.

¹²⁶⁷ STEDH de 12 de mayo de 2005, *Öcalan c. Turquía*, demanda n. 46221/99, párr. 87.

¹²⁶⁸ Esta previsión es introducida en la LODYLE por la LO 2/2009 al señalar en el art. 62.3 que: “cuando hayan dejado de cumplirse las condiciones descritas en el apartado 1, el extranjero será puesto inmediatamente en libertad por la autoridad administrativa que lo tenga a su cargo, poniéndolo en conocimiento del Juez que autorizó su internamiento. Del mismo modo y por las mismas causas, podrá ser ordenado el fin del internamiento y la puesta en libertad inmediata del extranjero por el Juez, de oficio o a iniciativa de parte o del Ministerio Fiscal”.

El TJUE ha concretado el significado de la expresión “perspectiva razonable de expulsión”, al definirla como la posibilidad real de que la expulsión pueda llevarse a cabo dentro del plazo de detención permitido en la propia Directiva 2008/115/CE. Esta posibilidad no se da si es “poco probable” que la persona pueda ser admitida en un tercer país habida cuenta de los plazos establecidos en los arts. 15.5 y 15.6 de la Directiva Retorno. Cabe recordar que el internamiento de un extranjero tiene una naturaleza cautelar, cuyo fin es el de asegurar la ejecución de la expulsión. Por lo que cuanto más difícil se presenta la ejecución de la expulsión, más difícil de justificar es el internamiento¹²⁶⁹.

Por ejemplo, en *Kadzoev* las autoridades búlgaras son concedoras de que el detenido no iba a ser admitido ni por su Estado de nacionalidad, ni por ningún tercero¹²⁷⁰. En todo caso, como manifiesta el AG, es el juez nacional el encargado de valorar, a la vista de las circunstancias que rodean el procedimiento de expulsión, si esa perspectiva razonable de expulsión existe en el momento de la revisión judicial del internamiento¹²⁷¹.

En este sentido, conviene destacar la importancia de los plazos máximos de internamiento recogidos en las legislaciones estatales, ya que la valoración de la posibilidad de que el extranjero sea expulsado debe darse antes de que el plazo máximo fijado por la norma finalice¹²⁷². Por tanto, cabe valorar que los plazos máximos establecidos por los arts. 15.5 y 15.6 de la Directiva Retorno poseen una doble función: por un lado, establecen el límite máximo de internamiento con objeto de expulsión y, además, por otro lado, se configuran como punto de referencia temporal para evaluar si existe una perspectiva de expulsión razonable.

¹²⁶⁹ Por ello, se señala, tanto el juez como el fiscal deben analizar el denominado *bonus fumus iuris*, esto es, “si es probable que el procedimiento abierto concluya con la expulsión, viabilidad no sólo a analizar desde un punto de vista fáctico sino también jurídico”; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Centros de Internamiento para extranjeros. Estado de la cuestión y perspectivas de futuro”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 19-23, 2014, 1-38, p. 24.

¹²⁷⁰ STJCE de 30 de noviembre de 2009, *Kadzoev*, asunto n. 357/09 PPU, apdos. 65 y ss. Esta jurisprudencia es posteriormente confirmada en la STJUE de 5 de junio de 2014, *Mahdi*, asunto C-146/14 PPU, apdo. 60. En este sentido, algún autor defiende que la ciudadanía no debe asumir ningún riesgo asociado a la presencia de no ciudadanos nacionales, no teniendo que tolerar los riesgos que ello conlleva, pudiendo colocar para ello al nacional del tercer Estado en detención indefinida para evitar cualquier riesgo, en THWAITER, R., *The Liberty of Non-Citizens: Indefinite Detention in Commonwealth Countries*, Hart Publishing, Oxford | Portland | Oregon, 2014, p. 17.

¹²⁷¹ Conclusiones del AG, Ján Mazák, presentadas el 10 de noviembre de 2009, *Kadzoev*, asunto C-357/09, punto 96.

¹²⁷² WILSHER D., “Article 6 — Right to Liberty and Security” en VV.AA., *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2014, pp. 121-151, p. 146.

6. LA DETENCIÓN DE COLECTIVOS ESPECIALMENTE VULNERABLES

6.1. La detención de menores extranjeros

En el art. 15 del Proyecto de la CDI, titulado “personas vulnerables”, se establece en su apdo. 2 que “en todas las medidas concernientes a los niños que sean objeto de expulsión, el interés superior del niño será una consideración primordial”. Se trata de una disposición que contempla el interés superior del menor durante el procedimiento de expulsión con carácter general. No ha existido consenso en el seno de la CDI para incluir una disposición específicamente dedicada a la detención de menores extranjeros, con la que se hubiera regulado un régimen especial para la detención de este colectivo.

En esta dirección, el art. 37 de la CDN preceptúa que la detención de los menores se llevará a cabo como último recurso y por el menor tiempo posible. El CDH interpreta que la detención de menores nunca responde al interés superior del menor, por lo que los Estados deben poner fin a la detención de niños por su estatus migratorio¹²⁷³. En este sentido, el Relator Especial François Crépeau defiende que los menores acompañados y las familias con niños siempre deberían beneficiarse de las alternativas a la detención¹²⁷⁴.

¹²⁷³ En concreto, el Comité señala que: “children should not be criminalized or subject to punitive measures because of their or their parents’ migration status. The detention of a child because of their or their parent’s migration status constitutes a child rights violation and always contravenes the principle of the best interests of the child. In this light, States should expeditiously and completely cease the detention of children on the basis of their immigration status”, CDH, “Report of the 2012 day of general discussion, the rights of all children in the context of international migration”, pár. 78. Disponible en: https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/discussion2012/2012crc_dgd-childrens_rights_internationalmigration.pdf En este sentido también se expresa alguna parte de la doctrina como, por ejemplo, GARCIA DÍAZ GARMENDIA, R., “Los centros de internamiento de extranjeros en España a examen”, *AEDI*, vol. 27, 2011, 467-492, p. 478.

¹²⁷⁴ Consejo de DDHH, “Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, François Crépeau. Adición. Misión a Malta (6 a 10 de diciembre de 2014)”, A/HRC/29/36/Add.3, 8 de mayo de 2015, pár. 44. En este sentido, la práctica de los EM de la UE pone de manifiesto que, en varios Estados, como Bélgica, Bulgaria, Estonia, Francia, Hungría, Irlanda, Italia, Lituania, Portugal, Eslovaquia, los extranjeros menores de edad no pueden ser detenidos mientras esperan su expulsión. En Bélgica y Francia esta prohibición de detención se ve matizada en los siguientes supuestos: en Bélgica, los menores que llegan a la frontera y cuya edad es dudosa pueden permanecer detenidos durante tres días hábiles; en Francia, los menores aprehendidos en la frontera y cuya entrada es denegada son ubicados en una zona de espera antes de su salida por un máximo de 20 días. Por otro lado, en Estados como Bélgica, Croacia, Chipre, Estonia, Alemania, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Países Bajos, Polonia y España se colocan a los menores en centros especiales para jóvenes, instituciones sociales o centros de acogida adaptados a las necesidades de los menores. Véase esta información en Comisión Europea, “Policies, practices and data on unaccompanied minors in the EU Member States and Norway”, Synthesis Report, May 2015, pp. 39 y 40. Disponible en: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/emn_study_policies_practices_and_data_on_unaccompanied_minors_in_the_eu_member_states_and_norway_synthesis_report_final_eu_2015.pdf Véase también, FRA, “Detention of third-country nationals in return procedures”. Luxembourg 2011, pp. 55 a 62. Disponible en:

En opinión del CPT rara vez estará justificada la detención de un menor y, de ser así, en ningún caso puede hacerse únicamente por no ser un ciudadano de un EP¹²⁷⁵. Muy recientemente, en el Pacto mundial para la migración segura, ordenada y regular, en el marco del objetivo según el cual la detención de migrantes se debe concluir como último recurso, se demanda la atención al interés superior del menor, independientemente de su estatus migratorio¹²⁷⁶.

Por su parte, el TEDH interpreta el CEDH aplicando el resto de normas internacionales de las que son parte los EP. En esta dirección mantiene que el principio general sobre el que deben girar todas las medidas y decisiones referentes a los menores extranjeros es el establecido en el art. 3 de la CDN: el interés superior del menor¹²⁷⁷. Si el menor extranjero es solicitante de asilo, la CDN alienta a los Estados a tomar medidas apropiadas para garantizar que un niño que busca obtener la condición de refugiado goce de protección y asistencia humanitaria, ya se trate de un MENA o de un menor extranjero acompañado. Se considera que los menores tienen necesidades específicas que se relacionan en particular con su edad y falta de independencia, pero también con su estatus de solicitante de asilo¹²⁷⁸.

Debido a su especial vulnerabilidad, es necesario que las autoridades nacionales se replanteen de manera razonable la posibilidad de detener a menores en el contexto de la

http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1306-FRA-report-detention-december-2010_EN.pdf

Para un estudio doctrinal, véase DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C., “El régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea y en los Estados Miembros”, en CABEDO MALLOL, V. (Coord.), *Los menores extranjeros no acompañados. En la norma y en la realidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, 81-139.

¹²⁷⁵ CPT, “The CPT standards”, CPT/Inf/E (2002) 1 - Rev. 2015, p. 82, párr. 97. Disponible en: <https://www.pytkam.net/web/images/news/2009/09/0000007.pdf>

¹²⁷⁶ AGNU, Resolución aprobada el 19 de diciembre de 2018, “Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular”, A/RES/73/195, p. 24.

¹²⁷⁷ Concretamente, esta disposición establece que: “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. El TEDH sostiene que, a partir de la adopción de la CDN, el interés superior del menor es el objetivo principal en la protección de la infancia, STEDH de 6 de julio de 2010, *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, demanda n. 41615/07, párr. 74.

¹²⁷⁸ STEDH de 19 de enero de 2012, *Popov c. Francia*, demanda n. 39474/07, párr. 91; STEDH de 5 de abril de 2011, *Rahimi c. Grecia*, demanda n. 8687/08, párrs. 85 y 86; STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n. 30696/09, párr. 251; STEDH de 16 de marzo de 2010, *Oršuš y otros c. Croacia*, demanda n. 15766/03, párr. 147; STEDH de 12 de octubre de 2006, *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, demanda n. 13178/03, párrs. 55 y 56; STEDH de 17 de octubre de 2006, *Okkali c. Turquía*, demanda n. 52067/99, párr. 70. El CRC define como MENAS aquellos menores “que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad”; Así los define el CRC, Observación general n. 6 (2005), “Trato de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005, párr. 7.

inmigración¹²⁷⁹. En este sentido, los Estados deben tener en consideración que la vulnerabilidad extrema del niño es un factor fundamental. Este factor debe tener prioridad sobre otras consideraciones relacionadas con la situación del menor como inmigrante irregular¹²⁸⁰.

Asimismo, los Estados deben cumplir con una serie de acciones que atiendan las necesidades específicas del menor y salvaguarden sus derechos¹²⁸¹. En relación a estos derechos, antes de proceder a examinar la posibilidad o no de su detención, los menores deben ser interrogados en un lenguaje que conozcan, así como informados de sus derechos a través de un tutor legal que les acompañe durante el procedimiento y que les asesore sobre las posibilidades de interponer un recurso contra su eventual expulsión, y de solicitar asilo, entre otras cuestiones¹²⁸². Este asesoramiento es especialmente importante para que los menores puedan ejercer real y efectivamente sus derechos durante todas las fases de tramitación de su procedimiento de expulsión¹²⁸³.

A tenor de la especial vulnerabilidad de los menores extranjeros, es necesario que la búsqueda de alternativas a la detención sea especialmente exhaustiva en estos supuestos. En el caso de que finalmente se decida la detención de un menor extranjero, las circunstancias en las que se desarrolla deben resultar lo más idóneas que sean posibles con relación a la edad del menor. De no ser así, esta insuficiencia de medios representa

¹²⁷⁹ STEDH de 22 de noviembre de 2016, *Abdullahi Elmi y Aweys Abubakar c. Malta*, demanda nos. 25794/13 28151/13, párr. 144; STEDH de 26 de noviembre de 2015, *Mahamed Jama c. Malta*, demanda n. 10290/13, párr. 147. En este sentido se pronuncia el CPT al señalar que los Estados deben realizar todos los esfuerzos por evitar recurrir a la privación de libertad de un menor extranjero en situación irregular; CPT, “19th General Report of the CPT (1 August 2008-31 July 2009)”, CPT/Inf (2009) 27. Council of Europe Publishing, 2009, párr. 97.

¹²⁸⁰ STEDH de 4 de noviembre de 2014, *Tarakhel c. Suiza*, demanda n. 29217/12, párr. 99; STEDH de 19 de enero de 2012, *Popov c. Francia*, demanda n. 39474/07, párr. 91; STEDH de 13 de diciembre de 2011, *Kanagaratnam y otros c. Bélgica*, demanda n. 15297/09, párr. 62; STEDH de 12 de octubre de 2006, *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, demanda n. 13178/03, párr. 55. En la doctrina, SMYTH, C., *European Asylum Law and the Rights of the Child*, Routledge research in asylum, migration and refugee law, London | New York, 2014, p. 235.

¹²⁸¹ PÉREZ GONZÁLEZ, C., *Migraciones irregulares y Derecho Internacional. Gestión de los flujos migratorios, devolución de extranjeros en situación administrativa irregular y Derecho internacional de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 76.

¹²⁸² En este sentido, el TEDH entiende que un menor no puede ejercer su derecho a interponer un recurso efectivo debido a que el desconocimiento del idioma en el que es comunicada la orden de detención hace que no pueda interponer un recurso ni contra esta decisión, ni contra la medida que autoriza su expulsión; STEDH de 5 de abril de 2011, *Rahimi c. Grecia*, demanda n. 8687/08, párrs. 89. En la doctrina, LÓPEZ ULLA, J.M., “La necesidad de un protocolo común en Europa sobre la detención de menores extranjeros no acompañados”, *RDCE*, n. 46, 2013, 1061-1090, p. 1080

¹²⁸³ En el asunto *Bouamar*, se vulnera el art. 5.4 del CEDH –derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su detención y ordene su puesta en libertad si dicha detención fuera ilegal– debido a que no se pone a disposición del menor a un abogado. Ello a pesar de que el menor de edad fue escuchado por la autoridad judicial competente, no obstante, su minoría de edad exige esta garantía para poder hacer un uso efectivo de sus derechos, STEDH de 28 de febrero de 1988, *Bouamar c. Bélgica*, asunto n. 9106/80.

una falta consideración que puede alcanzar la consideración de trato inhumano contrario al art. 3 del CEDH, como a continuación se demostrará.

Por todo ello el TEDH valora positivamente que algunos EP, como Malta, decidan que los extranjeros mejores de edad permanezcan en un centro residencial sin custodia. Además, la detención de cualquier menor extranjero no debe excederse de lo absolutamente necesario para determinar su identificación y su estado de salud¹²⁸⁴. Asimismo, las condiciones de detención de los menores que buscan protección internacional deben adaptarse a su edad para, de este modo, garantizar que esa detención no les somete a una situación de estrés y ansiedad, con consecuencias especialmente traumáticas¹²⁸⁵. De lo contrario, las condiciones de detención pueden alcanzar el umbral de severidad requerido para que el TEDH considere que se vulnera el art. 3 del CEDH¹²⁸⁶.

En *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, el que una de las demandantes, de cinco años de edad, se encuentre en el mismo establecimiento que los adultos, sumado al hecho de que no fue detenida con sus progenitores ni se le encomendó a nadie su cuidado, y a que el lugar no esté adaptado a sus necesidades, permite concluir que Bélgica vulnera el art. 3 del CEDH¹²⁸⁷. Por ende, que la menor reciba asistencia letrada, tenga contacto diario con su madre, y el personal del centro se involucre en su cuidado, no es suficiente para satisfacer todas las necesidades de una menor de cinco años¹²⁸⁸.

Cabe concluir que se ha vulnerado el art. 3 del CEDH aun cuando el centro de internamiento abastezca de todas las necesidades al menor y este se encuentre en compañía paterna, pero no se verifique que la detención es fruto de una decisión adoptada

¹²⁸⁴ En este contexto el TEDH denota problemas tales como la buena fe manifestada por las autoridades estatales a la hora de determinar la edad del menor en un tiempo razonable; o el hecho de que un lapso de tiempo de varios meses para determinar los aspectos mencionados pueda dar lugar a que el sujeto alcance la mayoría de edad; STEDH de 22 de noviembre de 2016, *Abdullahi Elmi y Aweys Abubakar c. Malta*, demanda nos. 25794/13 28151/13, párr. 144; STEDH de 26 de noviembre de 2015, *Mahamed Jama c. Malta*, demanda n. 10290/13, párr. 147.

¹²⁸⁵ STEDH de 4 de noviembre de 2014, *Tarakhel c. Suiza*, demanda n. 29217/12, párr. 99.

¹²⁸⁶ STEDH de 22 de noviembre de 2016, *Abdullahi Elmi y Aweys Abubakar c. Malta*, demanda nos. 25794/13 28151/13, párr. 104.

¹²⁸⁷ STEDH de 5 de abril de 2011, *Rahimi c. Grecia*, demanda n. 8687/08.

¹²⁸⁸ STEDH de 12 de octubre de 2006, *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, demanda n. 13178/03, párrs. 50, 51 y 62. En este sentido, STEDH de 2 de mayo de 2012, *M.S. c. Reino Unido*, demanda n. 24527/08; STEDH de 13 de diciembre de 2011, *Kanagaratnam y otros c. Bélgica*, demanda n. 15297/09; STEDH de 10 de enero de 2010, *Muskhadzhiyeva y otros c. Bélgica*, demanda n. 41442/07, párrs. 56 a 63; STEDH de 10 de julio de 2001, *Price c. Reino Unido*, demanda n. 33394/96; STEDH de 28 de julio de 1999, *Selmouni c. Francia*, demanda n. 25803, párr. 67. Respecto al término “necesario en la sociedad”, esta noción implica una necesidad social urgente, siendo preceptivo el examen de si el interés legítimo puede perseguirse de otro modo menos restrictivo. En algunos supuestos, el tribunal simplemente ha equiparado la necesidad democrática con la proporcionalidad: si la medida no es proporcionalidad no se considera necesaria para la sociedad democrática, CORNELISSE, G., *Immigration, detention and human rights. Rethinking territorial sovereignty*, Koninklijke Brill NV, Leiden, 2010, pp. 302 y 303.

como última opción¹²⁸⁹. Por consiguiente, debido a que la orden de detención debe ser decidida en atención a la situación particular de los menores, en ningún caso la decisión de detener a un menor extranjero puede ser automática¹²⁹⁰. Además, la detención de menores en centros de tránsito diseñados para adultos, no sólo constituye un trato contrario al art. 3 del CEDH sino que, además, representa una detención ilegal a tenor de lo establecido por el TEDH en relación al art. 5 del CEDH¹²⁹¹.

Las obligaciones de un Estado con respecto a la protección de los menores extranjeros pueden ser diferentes en función de si estos se encuentran acompañados o no¹²⁹². El TEDH ha constatado violaciones del CEDH en ambos contextos. Por ejemplo, en *Popov c. Francia* concluye una violación del art. 3 respecto de dos menores acompañados en vista de la corta edad de los niños –cinco meses y tres años–, la duración de su detención –quince días–, y las condiciones de su encierro en un centro de detención¹²⁹³. También falla una violación del art. 3 en *Muskhadzhiyeva y otros c. Bélgica*, en relación a cuatro menores que son detenidos, acompañados por su madre, durante un mes hasta que son finalmente expulsados. El TEDH toma en consideración, en este sentido, la corta edad de los menores –siete meses a siete años–, la duración de la detención y su estado de salud¹²⁹⁴. En *S.F. y otros c. Bulgaria*, referido a la demanda presentada por una familiar iraquí acerca de las condiciones de su internamiento, se concluye la vulneración del art. 3 del CEDH respecto a tres menores extranjeros. Si bien el tiempo de detención no es excesivo –entre treinta y dos y cuarenta y dos horas–, durante este tiempo los menores

¹²⁸⁹ STEDH de 19 de enero de 2012, *Popov c. Francia*, demanda n. 39474/07, pár. 119; STEDH de 6 de julio de 2010, *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, demanda n. 41615/07, pár. 135. En este sentido véase la directriz 11 de las Veinte directrices sobre el retorno forzoso; Comité de Ministros del COE, “20 Guidelines on Forced Returns” 9 de mayo de 2005, CM(2005)40 final, directriz 11.

¹²⁹⁰ Esta aplicación automática es llevada a cabo en *Rahimi* en el centro de Pagani hecho que, sumado a las condiciones de este centro, contrarias a la dignidad humana, lleva a que el Tribunal determine que se ha producido una detención ilegal contraria al art. 5 del CEDH, STEDH de 5 de abril de 2011, *Rahimi c. Grecia*, demanda n. 8687/08, párs. 108 a 110.

¹²⁹¹ La zona de tránsito de un aeropuerto no es un lugar apropiado para detener a los extranjeros, según afirma el TEDH. Por su propia naturaleza es un lugar diseñado para acomodar a la gente por períodos muy cortos. Las características de estas zonas provocan en los extranjeros sentimientos de soledad, sin acceso al exterior para dar un paseo o hacer ejercicio físico, sin arreglos internos de restauración o contacto con el mundo exterior. Por tanto, la zona de tránsito es considerada por el TEDH como totalmente inadecuada a las necesidades de una estancia de más de diez días. El TEDH considera inaceptable que cualquiera pueda ser detenido en condiciones en las que no se cuide de sus necesidades esenciales. El que determinadas personas que trabajan en la zona de tránsito abastezcan algunas de las necesidades de los solicitantes para el TEDH justifica de ningún modo la situación totalmente inaceptable que los extranjeros deben soportar, STEDH de 24 de enero de 2008, *Riad e Idiab c. Bélgica*, demandas n. 29787/03 y 29810/03, párs. 103 a 106.

¹²⁹² STEDH de 5 de abril de 2011, *Rahimi c. Grecia*, demanda n. 8687/08, pár. 63.

¹²⁹³ STEDH de 19 de enero de 2012, *Popov c. Francia*, demanda n. 39472/07 y 39474/07, pár. 239.

¹²⁹⁴ STEDH de 13 de diciembre de 2011, *Kanagaratnam y otros c. Bélgica*, demanda n. 15297/09, pár. 69; STEDH de 19 de enero de 2010, *Muskhadzhiyeva y otros c. Bélgica*, demanda n. 41442/07, pár. 63.

tienen acceso limitado a los servicios sanitarios, falta de alimento y bebida, falta de acceso del bebé a su biberón y leche, etc.¹²⁹⁵.

Aunque el menor extranjero se encuentre acompañado, este factor no exime a las autoridades de su obligación de proteger al niño y adoptar las medidas apropiadas de conformidad con las obligaciones dimanantes del art. 3 del CEDH¹²⁹⁶. Aunque el menor vaya acompañado de un adulto, es fundamental tener en consideración su vulnerabilidad¹²⁹⁷.

En el supuesto de los MENAS, incluso si el menor permanece detenido pocos días – por ejemplo, quince días en *Rahimi c. Francia*–, si las condiciones de la detención no son acordes con la dignidad de un menor extranjero, el TEDH puede fallar que la detención es contraria al art. 3 del CEDH¹²⁹⁸.

Por otro lado, si los padres de un menor extranjero son detenidos, la situación de los niños se encuentra intrínsecamente vinculada a la de sus padres y, en la medida de lo posible, no deben ser separados de ellos. Empero, el respeto a este vínculo familiar puede implicar que la detención de los padres conlleve la privación de libertad de los hijos. Esta situación puede provocar en el menor un gran estado de ansiedad y tensión gravemente perjudicial. En tales circunstancias, la detención de un menor por el hecho de acompañar a sus padres es conforme al art. 5.1, letra f), solo si, “qu’à la condition que les autorités internes établissent qu’elles ont recouru à cette mesure ultime seulement après avoir vérifié concrètement qu’aucune autre moins attentatoire à la liberté ne pouvait être mise en œuvre”¹²⁹⁹.

¹²⁹⁵ STEDH de 7 de marzo de 2018, *S.F. y otros c. Bulgaria*, demanda n. 8138/16, párs. 91 y 92.

¹²⁹⁶ En este sentido, deben tomarse medidas para permitir que se proporcione una protección efectiva contra los riesgos derivados del art. 3 del CEDH, especialmente en relación a los niños y otros miembros vulnerables de la sociedad. Esta protección incluye la adopción de medidas razonables que prevengan los malos tratos de los cuales las autoridades nacionales tengan conocimiento; STEDH de 19 de enero de 2010, *Muskhadzhiyeva y otros c. Bélgica*, demanda n. 41442/07, pár. 58; STEDH de 12 de octubre de 2006, *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, demanda n. 13178/03, pár. 53.

¹²⁹⁷ STEDH de 12 de julio de 2016, *A.B. y otros c. Francia*, demanda n. 11593/12, pár. 110; STEDH de 19 de enero de 2012, *Popov c. Francia*, demanda n. 39472/07 y 39474/07, pár. 91; STEDH de 12 de octubre de 2006, *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, demanda n. 13178/03, pár. 55.

¹²⁹⁸ STEDH de 5 de abril de 2011, *Rahimi c. Grecia*, demanda n. 8687/08, párs. 85 y 86. Por su parte, otros órganos del COE como la Asamblea Parlamentaria, el Comisionado para los DDHH y el CPT indican que los MENA no deben ser detenidos; Parliamentary Assembly, “The alternatives to immigration detention of children”, Resolution 2020 (2014) Final versión. Strasbourg 3 October 2014, pár. 3; Commissioner for human rights, “Positions on the rights of minor migrants in an irregular situation”, CommDH/Position Paper(2010)6. Strasbourg, 25 June 2010; CPT, “Report to the Finnish Government on the visit to Finland carried out by the CPT from 22 September to 2 October 2014”, CPT/Inf (2015) 25. Strasbourg, 20 August 2015, pár. 29.

¹²⁹⁹ STEDH de 12 de julio de 2016, *A.M. y otros c. Francia*, demanda n. 24587/12, párs. 66 y 67; STEDH de 12 de julio de 2016, *R.C. y V.C. c. Francia*, demanda n. 76491/14, párs. 54 y 55; STEDH de 12 de julio

Asimismo, la situación de “no acompañado” del menor puede darse precisamente al ser separado de sus progenitores. En estos casos, por lo general, si se procede al internamiento de un menor y este es separado de sus progenitores recibiendo el trato de MENA, tal acción merece la calificación de trato inhumano contrario al art. 3, debido a las consecuencias psicológicas graves que dicha separación pueden ocasionar para el menor¹³⁰⁰. Si las circunstancias hacen necesaria la separación, se exige que se garantice la comunicación entre el menor y su progenitor/es. Si las autoridades nacionales no garantizan este contacto, se puede concluir la vulneración del art. 3 del CEDH. Para determinar esta violación del CEDH, se debe tener en cuenta: la proximidad del vínculo familiar –asignándole cierto peso al vínculo padre/hijo–; las circunstancias particulares de la relación; y la forma en que las autoridades responden a las cuestiones formuladas por los padres. Por tanto, que exista o no una vulneración del art. 3 del CEDH depende de las reacciones y actitudes de las autoridades cuando son informadas de las circunstancias concretas que rodean al menor¹³⁰¹.

Asimismo, la minoría de edad no puede servir como parámetro de conducta a las autoridades solamente durante la detención, sino también si esta llegue a su fin. Por consiguiente, el Estado expulsor, una vez pone fin a la detención con el fin de ejecutar la expulsión, no puede abandonar a su suerte a los extranjeros menores de edad. Como ya se expuso en el Capítulo III.1., en *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, se concluye la violación del art. 3 del CEDH debido a que Bélgica ejecuta la expulsión de la demandante, menor de edad, sin adoptar las medidas y precauciones debidas. Las autoridades se limitan a contactar con un pariente de la menor en su Estado de origen, pero sin asegurarse de su presencia a la llegada de la menor al Estado de origen, y sin cerciorarse si esta va a estar debidamente atendida a su llegada al Estado congoleño¹³⁰².

de 2016, *R.K. y otros c. Francia*, demanda n. 68264/14, párs. 84 y 85; STEDH de 12 de julio de 2016, *R.M. y otros c. Francia*, demanda n. 33201/11, párs. 85 y 86.

¹³⁰⁰ STEDH de 12 de octubre de 2006, *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, demanda n. 13178/03, pár. 58.

¹³⁰¹ En *Mubilanzila*, las autoridades belgas se limitaron a proporcionar un número de teléfono para que la madre pudiera comunicarse con su hija, lo que según el TEDH alcanza la gravedad suficiente como para concluir la violación del art. 3 del CEDH, STEDH de 12 de octubre de 2006, *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, demanda n. 13178/03, pár. 61. Véase también, STEDH de 8 de julio de 1999, *Çakici c. Turquía*, demanda n. 23657/94, pár. 98 y STEDH de 13 de septiembre de 2005, *Hamiyet Kaplan y otros c. Turquía*, demanda n. 36749/97, pár. 67.

¹³⁰² STEDH de 12 de octubre de 2006, *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, demanda n. 13178/03, pár. 71. En este sentido, STEDH de 5 de abril de 2011, *Rahimi c. Grecia*, demanda n. 8687/08. Como señala LÓPEZ ULLA, “nunca antes al principio del interés superior del menor se la había dado este alcance o proyección”, LÓPEZ ULLA, J.M., “La necesidad de un protocolo común en Europa sobre la detención de menores extranjeros no acompañados”, *RDCE*, n. 46, 2013, 1061-1090, p. 1077. En estos supuestos, el TEDH recuerda la jurisprudencia establecida en *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, donde subraya

En suma, cabe valorar que toda esta jurisprudencia del tribunal de Estrasburgo materializa la obligación positiva de llevar a cabo todas las medidas necesarias para salvaguardar el interés superior del menor, imponiendo una conducta activa por parte de los Estados, la cual va más allá de la tutela que deben ejercer sobre el menor en su territorio.

Por su parte, el art. 10.2 de la Directiva Retorno establece la obligación de los EM de asegurarse que, si se expulsa a un menor, este no será abandonado a su suerte. Para ello, debe ser entregado a un miembro de su familia, un tutor designado o a los servicios de acogida del Estado receptor¹³⁰³. Asimismo, el art. 17.1 de la Directiva 2008/115/CE reproduce el art. 37 de la CDN, al preceptuar que la detención de los menores se llevará a cabo como último recurso y por el menor tiempo posible. En un sentido similar se pronuncia el art. 11.3 de la Directiva 2013/33/UE, al señalar el carácter excepcional que debe revestir la detención de menores. Por su parte, los apdos. 2 a 5 del art. 17 de la Directiva Retorno precisan las condiciones que deben cumplir los centros donde se internen a menores y familias, siendo el interés superior del menor y las necesidades propias de su edad el fundamento de las condiciones del internamiento en estos supuestos, de conformidad con la CDN¹³⁰⁴. Como mantiene el AG, estas medidas son indicadores que el legislador ha querido incluir con la finalidad de atender la especial necesidad de estos colectivos, en un intento de desvirtuar toda percepción del internamiento como un castigo de carácter penal, reflejando lo establecido en los arts. 7, 14.1, y 24 de la CDFUE, así como en el art. 3.3 de la CDN¹³⁰⁵. Si bien, hasta la fecha el TJUE no ha dictado jurisprudencia que concrete las condiciones de detención de los menores extranjeros, más allá de lo dispuesto en la recién referida normativa europea.

que en ese caso la responsabilidad de las autoridades griegas se ha visto comprometida por su pasividad, teniendo el TEDH constancia de las vulnerabilidades notorias y específicas de los solicitantes de asilo en Grecia. En un mismo sentido, en *Tarakhel c. Suiza*, se mantiene que si los demandantes son transferidos a Italia sin que las autoridades suizas obtengan previamente garantías individuales de las autoridades italianas de que las demandantes serían atendidas de manera adaptada a la edad de los hijos y que la familia se mantendrá unida, se da lugar a una vulneración del art. 3 del CEDH, STEDH de 4 de noviembre de 2014, *Tarakhel c. Suiza*, demanda n. 29217/12, pár. 122.

¹³⁰³ Art. 10.2 de la Directiva 2008/115/CE.

¹³⁰⁴ La práctica de la mayoría de los EM ha dado funcionalidad a esta idea, ya que alrededor de la mitad de los EM poseen medidas de detención específicas para los menores no acompañados que esperan su regreso, según la legislación nacional. En Estados como Austria, Croacia, Alemania, Grecia, Luxemburgo, Polonia los menores objeto de internamiento deben ser puestos en alojamientos específicos separados de los adultos y adaptados a sus necesidades. Además, en algunos de estos EM las instalaciones especiales incluyen actividades de ocio; Comisión Europea, “Policies, practices and data on unaccompanied minors in the EU Member States and Norway”, Synthesis Report, May 2015, pp. 39 y 40, p. 40.

¹³⁰⁵ Conclusiones del AG, Yves Bot, presentadas el 30 de abril de 2014, *Bero y Bouzalmate*, asuntos acumulados C-473/13 y C-514/13, punto 95.

6.2. El régimen especial de detención de los solicitantes de protección internacional

En su Proyecto la CDI tampoco ha incluido una disposición con la que se establezca un régimen especial de detención de los solicitantes del estatuto de refugiado. Si bien, de conformidad con el art. 33 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados¹³⁰⁶, se prohíbe que los EP penalicen a los solicitantes de refugio que se encuentren en el territorio de un Estado sin autorización. Aunque de la redacción del segundo apartado del art. 33 se desprende que las restricciones a la libertad deambulatoria de los solicitantes debe reducirse al mínimo, no se prohíbe expresamente su detención. En este sentido, ACNUR pone de manifiesto la importancia que presenta en los ordenamientos internos se distinga entre los solicitantes de refugio, de los otros nacionales de terceros Estados que no sean solicitantes de ese estatuto. Esta distinción obedece a que, en la mayor parte de los supuestos, los solicitantes de refugio no están en la misma situación que el resto de migrantes, ya que los primeros se encuentran casi obligados a entrar en el territorio del EM de manera ilegal, porque son objeto de persecución en su país de origen¹³⁰⁷. Asimismo, ACNUR defiende la existencia de una presunción contra la detención de solicitantes de asilo. Por consiguiente, los Estados deben adoptar esta medida contra los solicitantes de refugio únicamente si no puedan emplearse otras alternativas viables y efectivas¹³⁰⁸.

¹³⁰⁶ En concreto este artículo dice así: “1. Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales. 2. Los Estados Contratantes no aplicarán a tales refugiados otras restricciones de circulación que las necesarias; y tales restricciones se aplicarán únicamente hasta que se haya regularizado su situación en el país o hasta que el refugiado obtenga su admisión en otro país”.

¹³⁰⁷ ACNUR, “Protección de los refugiados: Guía sobre el derecho internacional de los refugiados”, 1 Diciembre de 2001, pp. 82 y 83. Disponible en: <http://www.refworld.org/docid/42a021ef4.html>.

¹³⁰⁸ ACNUR, “Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo”, 26 febrero de 1999, directriz 3. Disponible en: <http://www.refworld.org/docid/48abd59a2.html>. En abril de 2017, la ACNUR pide a los países de la UE que no envíen a solicitantes de protección internacional a Hungría ya que desde marzo de ese año entra en vigor una ley húngara por la que las autoridades de este Estado detienen de manera sistemática a todo aquel que entra de forma irregular, lo que incluye a los demandantes de protección internacional durante todo el tiempo que dura el procedimiento; El País, “La ONU pide a los países de la UE que no manden a Hungría asilados por su agresiva política migratoria”, 10 de abril de 2017. Disponible en: https://elpais.com/internacional/2017/04/10/actualidad/1491836487_121525.html; El País, “Hungría detendrá sistemáticamente a todos los migrantes que entren ilegalmente”, 7 de marzo de 2017. Disponible en: https://elpais.com/internacional/2017/03/07/actualidad/1488884065_454748.html

En esta dirección, el CDH considera que el hecho de que las autoridades de inmigración de un Estado no evalúen las consideraciones específicas de la persona objeto de detención –ya sea el riesgo de fuga, la falta de cooperación con tales autoridades, o la ausencia de medios menos restrictivos para lograr los mismos objetivos–, puede derivar en que la detención de un solicitante de refugio sea arbitraria en el sentido del art. 9.1 del Pacto¹³⁰⁹. El CDH se expresa del siguiente modo:

“El Comité recuerda que no se debe equiparar el concepto de «arbitrariedad» con el de «contrario a la ley», sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad, así como la inobservancia de las debidas garantías procesales. La detención durante los procedimientos de control de la inmigración no es *per se* arbitraria, pero debe justificarse que es razonable, necesaria y proporcionada a la luz de las circunstancias, y revisarse a medida que se prolonga. Los solicitantes de asilo que entran ilegalmente en el territorio de un Estado parte pueden ser detenidos durante un breve período inicial con el fin de documentar su entrada, dejar constancia de sus alegaciones y determinar su identidad si hay dudas sobre ella. Prolongar su detención mientras se adopta una decisión sobre sus alegaciones sería arbitrario si no existen razones particulares específicas a esa persona, como una probabilidad individualizada de evasión, peligro de que cometa delitos contra otros, o el riesgo de que cometa actos contra la seguridad nacional. La decisión debe tener en cuenta [...] medios menos constrictivos de alcanzar el mismo fin [...]”¹³¹⁰.

A este respecto, la capacidad de los Estados para detener a extranjeros que ingresan en un país a través de una solicitud de refugio, forma parte del corolario de la discrecionalidad de la que disfrutan los Estados para controlar la entrada y permanencia de extranjeros en su territorio¹³¹¹. En una primera etapa de su jurisprudencia, el TEDH

¹³⁰⁹ CDH, comunicación n. 900/1999, *C. c. Australia*, CCPR/C/76/D/900/1999, 28 de octubre de 2002, párr. 8.2; CDH, comunicación n. 560/1993, *A. c. Australia*, CCPR/C/59/D/560/1993, 3 de abril de 1997, párr. 9.2 y 9.4.

¹³¹⁰ CDH, comunicación n. 2094/2011, *F.K.A.G. y otros c. Australia*, CCPR/C/108/D/2094/2011, 26 de julio de 2013, párr. 9.3; CDH, comunicación n. 2136/2012, *M.M.M. y otros c. Australia*, CCPR/C/108/D/2136/2012, 25 de julio de 2013, párr. 103. En este sentido, CDH, comunicación n. 1973/2010, *Hew Raymond Griffiths c. Australia*, CCPR/C/112/D/1973/2010, 21 de octubre de 2014, párr. 7.2; CDH, comunicación n. 1955/2010, *Hamadie Al-Gertani c. Bosnia y Herzegovina*, CCPR/C/109/D/1955/2010, 1 de noviembre de 2013, párr. 10.3. Esta postura por parte del CDH ha sido confirmada en la Observación general n. 35, “Artículo 9 (Libertad y seguridad personales)”, 112º período de sesiones (2014), párr. 18.

¹³¹¹ STEDH de 4 de abril de 2017, *Thimothawes c. Bélgica*, demanda n. 39061/11, párr. 58; STEDH de 29 de enero de 2008, *Saadi c. Reino Unido*, demanda n. 13229/03, párr. 64.

mantiene que es conforme con el CEDH la detención de solicitantes de refugio por el mero hecho de haber efectuado una entrada no autorizada; esto es, el régimen de detención aplicable a los solicitantes de refugio es el mismo que el previsto para cualquier extranjero. En *Saadi c. Reino Unido*, se rechaza el argumento alegado por varias ONGs y el ACNUR, en el sentido de que la detención de solicitantes de refugio está prohibida en virtud del art. 5.1.f). Por el contrario, siempre que las condiciones de detención sean dignas, y no se trate de una detención cuya duración en el tiempo sea excesiva, la misma contribuye a agilizar el procedimiento de solicitud de refugio, y no se vulnera el CEDH¹³¹².

En la opinión parcialmente disidente presentada por seis de los jueces, se considera que la interpretación llevada a cabo en *Saadi* por la mayoría establece un peligroso precedente. Ya que se corre el riesgo de que se pueda detener a cualquier solicitante de refugio, en cualquier momento del procedimiento, bajo el argumento de la pronta tramitación del expediente, lo que puede conllevar una gran inseguridad jurídica¹³¹³.

Con posterioridad, la jurisprudencia del TEDH ha evolucionado hasta el punto de desarrollar una suerte de régimen especial en materia de detención de solicitantes de protección internacional. Esta línea jurisprudencial sostiene que las decisiones generalizadas o automáticas por las que se decide detener a solicitantes de refugio, sin una evaluación individual de las necesidades particulares de las personas afectadas, pueden ser contrarias al art. 5.1 del CEDH. En esta dirección, se mantiene que las

¹³¹² STEDH de 29 de enero de 2008, *Saadi c. Reino Unido*, demanda n. 13229/03, pár. 80. A este respecto JEAN-YVES, C., “L'accès au territoire et la détention de l'étranger demandeur d'asile, Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre), Saadi c. Royaume-Uni, 29 janvier 2008”, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 79, 2009, 795- 810, pp. 802 a 807.

¹³¹³ “As regards detention generally, the requirements of necessity and proportionality oblige the State to furnish relevant and sufficient grounds for the measure taken and to consider other less coercive measures, and also to give reasons why those measures are deemed insufficient to safeguard the private or public interests underlying the deprivation of liberty. Mere administrative expediency or convenience will not suffice. We fail to see what value or higher interest can justify the notion that these fundamental guarantees of individual liberty in a State governed by the rule of law cannot or should not apply to the detention of asylum-seekers”; STEDH de 29 de enero de 2008, *Saadi c. Reino Unido*, demanda n. 13229/03, Opinión conjunta parcialmente disidente de los jueces Rozakis, Tulkens, Kovler, Hajiyev, Spielmann y Hirvelä. La opinión de estos jueces se encuentra en línea con lo mantenido por el Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria de NU quien, concretamente en el 2009, y debido a la creciente oleada de solicitud de asilo llevadas a cabo durante ese periodo a nivel internacional advierte que no se debe utilizar la detención como estrategia política para así disuadir a los solicitantes de protección internacional o desalentar a aquellos que hayan presentado una instancia de protección internacional, debido a que esta práctica es contraria al DI; Consejo de DDHH, Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, “Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”, A/HRC/10/21, 16 de febrero de 2009, pár. 65.

autoridades competentes deben considerar si es posible sustituir la detención por otra medida menos severa¹³¹⁴.

El TEDH exige el cumplimiento de forma estricta del principio de proporcionalidad en la detención de solicitantes de refugio, a diferencia de lo que sucede en el supuesto de extranjeros que no se encuentran en esta situación (epígrafe 2.4.), ya que considera que los primeros son particularmente vulnerables a causa de todo lo que han podido sufrir durante la migración desde su Estado de origen y las experiencias traumáticas que probablemente hayan soportado anteriormente¹³¹⁵. Además, para el TEDH esta valoración está dirigida a detectar si las personas afectadas tienen una vulnerabilidad particular que impide su detención. Este es el caso de menores extranjeros, tanto acompañados¹³¹⁶, como no acompañados¹³¹⁷, o extranjeros enfermos¹³¹⁸.

Si un solicitante de protección internacional no es detenido, sino retenido en un centro de recepción, identificación y registro, a pesar de ser una medida que constituye una restricción a la libertad, no puede ser asimilada a la que sufren los extranjeros en los centros de detención a la espera de su expulsión¹³¹⁹. En el supuesto de los solicitantes de

¹³¹⁴ STEDH de 4 de abril de 2017, *Thimothawes c. Bélgica*, demanda n. 39061/11, pár. 73. Como señala el antiguo Comisario de DDHH del COE, Thomas Hammarberg, “States may only restrict refugees' freedom of movement if such restrictions are considered «necessary», that is, in clearly defined exceptional circumstances and in full consideration of all possible alternatives”; Commissioner for Human Rights, Thomas Hammarberg, “States should not impose penalties on arriving asylum-seekers”, 17 March 2008. El CPT, con ocasión de su visita a España, señala que los solicitantes de protección internacional solo deben ser privados de libertad como último recurso por el periodo de tiempo más breve posible; CPT, “Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the CPT from 14 to 18 July 2014”. CPT/Inf (2015) 19. Strasbourg, 9 April 2015, p. 9, pár. 9. Por su parte, el CPT también diferencia entre extranjeros y solicitantes de protección internacional a efectos de detención al mantener que los segundo no pueden equipararse a los primeros, lo que únicamente sucederá si su solicitud de protección internacional es rechazada; CPT, “Immigration Detention” Factsheet, CPT/Inf(2017)3. Strasbourg, March 2017. p. 1.

¹³¹⁵ STEDH de 14 de marzo de 2017, *Ilias y Ahmed c. Hungría*, demanda n. 47287/15, pár. 87; STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n. 30696/09, pár. 232. Véase, IPPOLITO, F. e IGLESIAS SÁNCHEZ, S. (Eds.), *Protecting Vulnerable Groups. The European Human Rights Framework*, Hart Publishing, Oxford, 2015

¹³¹⁶ STEDH de 12 de julio de 2016, *A.B. y otros c. Francia*, demanda n. 11593/12; STEDH de 19 de enero de 2012, *Popov c. Francia*, demanda n. 39472/07 y 39474/07; STEDH de 19 de enero de 2010, *Muskhadzhiyeva y otros c. Bélgica*, demanda n. 41442/07.

¹³¹⁷ STEDH de 24 de octubre de 2013, *Housein c. Grecia*, demanda n. 71825/11; STEDH de 5 de abril de 2011, *Rahimi c. Grecia*, demanda n. 8687/08; STEDH de 12 de octubre de 2006, *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, demanda n. 13178/03, pár. 55.

¹³¹⁸ STEDH de 20 de diciembre de 2011, *Yoh-Ekale Mwanje c. Bélgica*, demanda n. 10486/10. De hecho, en algunos supuestos, el TEDH ha cuestionado la política generalizada de detención de extranjeros llevada a cabo por un EP; STEDH de 22 de noviembre de 2016, *Abdullahi Elmi y Aweys Abubakar c. Malta*, demanda nos. 25794/13 28151/13, pár. 146; STEDH de 23 de julio de 2013, *Suso Musa c. Malta*, demanda n. 42337/12, pár. 100.

¹³¹⁹ En cualquier caso, el TEDH defiende que la existencia de un procedimiento de refugio no implica, por sí mismo, que el internamiento del solicitante ya no se aplique en aras a una futura expulsión, ya que la eventual desestimación de la solicitud puede abrir la vía a la ejecución de las medidas de expulsión ya decididas. Además, ningún confinamiento puede privar a un solicitante de refugio del derecho a presentar un recurso efectivo ante la denegación su solicitud de refugio; STEDH de 25 de junio de 1996, *Amuur c.*

refugio, la detención es aceptable solo para permitir a los Estados identificar a los extranjeros recién llegados, registrarlos y tomar sus huellas dactilares¹³²⁰. No obstante, el Tribunal concluye que entre la retención y la privación de libertad solo hay una diferencia y es el grado o la intensidad, y no la naturaleza o esencia¹³²¹. Empero, una detención continuada equivale a la privación de libertad, de conformidad con el art. 5 del CEDH¹³²².

En ocasiones, el TEDH no ofrece criterios claros que permitan determinar si la detención de los solicitantes de refugio es conforme con el art. 5 del CEDH. En *Saadi*, la Gran Sala considera que la detención de la demandante durante siete días, tiempo en el que se procesa su solicitud de asilo, no vulnera esta disposición¹³²³. Del mismo modo en *Kanagaratnam v. Bélgica*, se considera que la detención del solicitante de refugio, quien se encuentra a la espera de que su solicitud sea tramitada, es conforme con el art. 5 del CEDH, en concreto, para prevenir la entrada no autorizada del extranjero en el país¹³²⁴. No obstante, en algunos supuestos planteados contra Grecia se concluye la vulneración del art. 5, debido a que la detención del demandante, mientras espera la resolución del su solicitud de refugiado, no puede llevarse a cabo a los efectos de la deportación dado que la legislación nacional no permite la deportación si está en trámite una solicitud de refugio¹³²⁵.

Una lectura de conjunto de esta jurisprudencia permite afirmar que la legislación nacional es la clave de bóveda para determinar la conformidad con el CEDH de la detención de un solicitante de refugio. En concreto si un EP va más allá de las obligaciones que le corresponden en virtud del CEDH y establece disposiciones más favorables como, por ejemplo, la autorización expresa de que los solicitantes de refugio entren y permanezcan mientras se resuelve su solicitud, una detención posterior vulnera el art. 5 del CEDH, dado que no existe previsibilidad legal de la detención (epígrafe 2.1.)¹³²⁶. En tales circunstancias, es difícil considerar que la medida de detención se encuentra estrechamente relacionada con el propósito de la misma, así como tampoco

Francia, demanda n. 19776/92, párr. 43. Así como tampoco se puede detener a un solicitante de refugio por el simple hecho de realizar esta solicitud; STEDH de 23 de julio de 2013, *Suso Musa c. Malta*, demanda n. 42337/12, párr. 105.

¹³²⁰ STEDH de 25 de enero de 2018, *J.R. y otros c. Grecia*, demanda n. 22696/16, párr. 84.

¹³²¹ STEDH de 25 de junio de 1996, *Amuur c. Francia*, demanda n. 19776/92, párr. 42.

¹³²² STEDH de 25 de enero de 2018, *J.R. y otros c. Grecia*, demanda n. 22696/16, párr. 87.

¹³²³ STEDH de 29 de enero de 2008, *Saadi c. Reino Unido*, demanda n. 13229/03, párr. 80.

¹³²⁴ STEDH de 13 de diciembre de 2011, *Kanagaratnam y otros c. Bélgica*, demanda n. 15297/09, párr. 95

¹³²⁵ STEDH de 25 de septiembre de 2012, *Ahmade c. Grecia*, demanda n. 50520/09, párrs. 142 a 144; STEDH de 7 de junio de 2011, *R.U. c. Grecia*, demanda n. 2237/08, párrs. 88 a 96.

¹³²⁶ Véase STEDH de 13 de diciembre de 2011, *Kanagaratnam y otros c. Bélgica*, demanda n. 15297/09, párr. 35.

puede considerarse que la medida es conforme con la legislación nacional. De hecho, la interpretación de disposiciones legales claras y precisas de una manera contraria a su significado, constituye una arbitrariedad y, por tanto, vulnera el art. 5 del CEDH¹³²⁷.

En dos supuestos el TEDH se refiere directamente a los EM de la UE para afirmar que el cumplimiento de las normas de la UE para combatir los abusos en el procedimiento de refugio si ello implica la detención de un solicitante de refugio, en virtud del mero silencio por parte de la autoridad, conlleva una detención arbitraria contraria al CEDH. En este sentido, la ausencia de un razonamiento detallado de los motivos de la privación de libertad, con independencia de los mandatos que se estén cumpliendo con la detención, hace que esa medida sea incompatible con el requisito de legalidad inherente al art. 5 del CEDH¹³²⁸. A este respecto, el tribunal de Estrasburgo reitera que la ausencia de un razonamiento detallado para justificar la privación de libertad de un solicitante de refugio hace que esa medida sea incompatible con el requisito de legalidad inherente al art. 5 del CEDH (epígrafe 2.1.)¹³²⁹.

En lo que respecta al internamiento de solicitantes de asilo en el DUE, en el art. 8.2 de la Directiva 2013/33/UE por la que se aprueban las normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional, se preceptúa que un solicitante de protección internacional puede ser internado solo cuando sea necesario, mediante una evaluación caso por caso, y siempre que no sea posible adoptar otras medidas menos coercitivas de manera efectiva. Se tratan de “limitaciones importantes a la facultad conferida a los Estados miembros de efectuar un internamiento”¹³³⁰. Por tanto, la simple solicitud de protección internacional no faculta a un EM para proceder a un eventual internamiento.

¹³²⁷ STEDH de 23 de julio de 2013, *Suso Musa c. Malta*, demanda n. 42337/12, pár. 97; STEDH de 15 de noviembre de 2011, *Longa Yonkeu c. Letonia*, demanda n. 57229/09, pár. 125.

¹³²⁸ STEDH de 23 de octubre de 2012, *Al-Tayyar Abdelhakim c. Hungría*, demanda n. 13058/11, pár. 39; STEDH de 20 de septiembre de 2011, *Lokpo y Toure c. Hungría*, demanda n. 10816/10, pár. 24. En este último supuesto, el TEDH no está convencido de que la detención de los demandantes, cuya duración fue de cinco meses y nunca llega a ejecutarse, sea una medida proporcional al objetivo perseguido. La detención de los demandantes se prolonga debido a que la autoridad para los refugiados no inicia su liberación. La inacción de la autoridad no va acompañada por una decisión razonada susceptible de recurso. Por consiguiente, los demandantes son privados de libertad en virtud de un mero silencio por parte de las autoridades. Esta ausencia de razonamiento para la privación de libertad del demandante hace que la medida sea incompatible con el requisito de la legalidad inherente al art. 5 del CEDH. En este sentido, STEDH de 23 de octubre de 2012, *Hendrin Ali Said y Aras Ali Said c. Hungría*, demanda n. 13457/11, pár. 38.

¹³²⁹ STEDH de 11 de enero de 2011, *Darvas c. Hungría*, demanda n. 19547/07, pár. 28.

¹³³⁰ STJUE de 15 de marzo de 2017, *Al Chodor* y otros, demanda n. C-528/15, apdo. 34; STJUE de 15 de febrero de 2016, *N.*, asunto C-601/15 PPU, apdo. 61. En este sentido, STJUE de 30 de mayo de 2013, *Arslan*, asunto C-534/11, apdo. 63. Por su parte, el CESE reafirma su oposición en contra de la detención tanto de extranjeros en situación administrativa irregular como de solicitantes de asilo, siendo su internamiento en centros de detención en todo caso excepcional; Comité Económico y Social Europeo, Dictamen sobre el tema “El respeto de los derechos fundamentales en las políticas y la legislación europeas

Se regula el internamiento, por tanto, como una facultad supeditada a que se cumpla un conjunto de requisitos que tienen como objetivo delimitar estrictamente el recurso al internamiento. En concreto, el art. 8.3 de la Directiva 2013/33/UE enumera con carácter exhaustivo los distintos motivos que pueden justificar un internamiento. Cada uno de esos motivos responde a una necesidad específica y reviste, por tanto, un carácter autónomo¹³³¹. En concreto, un solicitante de protección internacional solo puede ser internado por seis causas: para verificar su identidad; para determinar los elementos de su solicitud de protección internacional; para decidir sobre el derecho del solicitante a entrar en el territorio¹³³²; cuando la persona esté sometida a un procedimiento de retorno conforme a la Directiva 2008/115/CE; si así lo exige la protección de la seguridad nacional y el orden público¹³³³; y de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento (UE) n. 604/2013 (Reglamento Dublín III). Asimismo, los motivos del internamiento deben quedar establecidos en la normativa nacional del Estado, la cual debe contemplar alternativas al internamiento; como pueden ser el depósito de una fianza o la permanencia en un lugar determinado¹³³⁴.

en materia de inmigración”, (Dictamen de iniciativa) (2010/C 128/06). Bruselas, 4 de noviembre de 2009 (DOUE 128/129, de 18 de mayo de 2010), pár. 7.1.

¹³³¹ STJUE de 15 de febrero de 2016, *N.*, asunto C-601/15 PPU, apdo. 42.

¹³³² El TJUE reconoce que estos tres motivos por los que cabe el internamiento de un solicitante de protección internacional se basan en la Recomendación del Comité de ministros del COE relativas a las medidas de internamiento de los solicitantes de asilo, de 16 de abril de 2003, y en las Directrices del ACNUR sobre los criterios y las normas aplicables a la detención de solicitantes de asilo, de 26 de febrero de 1999, de las que se desprende, en su versión adoptada en 2012, que, por un lado, el internamiento constituye una medida excepcional y que, por otro lado, el internamiento sólo debe utilizarse como último recurso, cuando se acredite que es necesario, razonable y proporcionado a una finalidad legítima; STJUE de 14 de septiembre de 2017, *K.*, asunto C-18/16, apdo. 46.

¹³³³ Por una parte, el concepto de “orden público” requiere, en todo caso, aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, que exista una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad; STJUE de 11 de junio de 2015, *Zh. y O.*, asunto C-554/13, apdo. 60. Por otra parte, el hecho de que se ponga en peligro la seguridad nacional o el orden público “sólo puede justificar, por lo que atañe a la exigencia de necesidad, el internamiento o el mantenimiento del internamiento de un solicitante de asilo sobre la base del art. 8, apartado 3, párrafo primero, letra e), de la Directiva 2013/33 si su comportamiento individual representa una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad o a la seguridad interior o exterior del Estado miembro de que se trata”; STJUE de 24 de junio de 2015, *T.*, asunto C-373/13, apdos. 78 y 79.

¹³³⁴ Véase STJUE de 28 de abril de 2011, *El Dridi*, asunto C-61/11 PPU, apdo. 39. Por su parte, el Comité Ejecutivo del ACNUR, en su Conclusión n. 44 sobre la detención de los refugiados y de las personas que buscan asilo establece los mismos criterios que la Directiva 2013/33/UE por los que un solicitante de asilo puede ser internado: “en caso necesario, se puede recurrir a la detención, pero solamente por las razones prescritas por la ley para proceder a la verificación de identidad; para determinar los elementos que sirven de base a la solicitud de la condición de refugiado o del asilo; para tratar los casos en los que los refugiados o solicitantes de asilo han destruido sus documentos de viaje y/o identidad o han hecho uso de documentos falsos a fin de inducir a error a las autoridades del Estado donde tienen la intención de solicitar asilo; o para preservar la seguridad nacional o el orden público”, Comité Ejecutivo de ACNUR, Conclusión n. 44 (XXXVII), Detención de los refugiados y solicitantes de asilo”, 1986. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9085.pdf>, p. 273.

El internamiento para verificar la identidad del solicitante o para esclarecer los elementos de su solicitud de protección internacional, sólo es posible si existe un riesgo de fuga. Por tanto el internamiento permite mantener al solicitante a disposición de las autoridades nacionales para que estas puedan proceder a su audiencia, lo que evita a su vez los posibles movimientos secundarios¹³³⁵. Por consiguiente, el internamiento en estas circunstancias garantiza el correcto funcionamiento del SECA, ya que permite identificar a las personas que solicitan protección internacional y determinar si estas reúnen los requisitos para obtener tal protección, con lo que se evita que entren y permanezcan en situación ilegal en el territorio de la UE¹³³⁶.

El examen de la validez del art. 8 de la Directiva 2013/33 debe basarse únicamente en los derechos fundamentales garantizados por la CDFUE¹³³⁷. En la medida en que la CDFUE contiene derechos que corresponden a derechos garantizados por el CEDH, el art. 52.3 de la Carta pretende garantizar la coherencia necesaria entre los derechos que contiene la CDFUE y los derechos correspondientes garantizados por el CEDH, sin que ello afecte a la autonomía del DUE¹³³⁸. Además, según lo establecido en la explicación relativa al art. 6 de la Carta:

“Los derechos establecidos en el artículo 6 corresponden a los garantizados en el artículo 5 del CEDH, y tienen, con arreglo al apartado 3 del artículo 52 de la Carta, el mismo sentido y alcance. Como consecuencia de ello, las limitaciones que puedan legítimamente establecerse no podrán sobrepasar las permitidas por el CEDH en la propia redacción del artículo 5”¹³³⁹.

A este respecto, no cabe duda que el internamiento de un solicitante de protección internacional supone una limitación al ejercicio del derecho establecido en el art. 6 de la CDFUE y, por tanto, se debe tener en consideración el art. 5 del CEDH como nivel mínimo de protección¹³⁴⁰. Por ello, dentro del respeto del principio de proporcionalidad,

¹³³⁵ STJUE de 17 de marzo de 20016, *Mirza*, asunto C-695/15 PPU, apdo. 52.

¹³³⁶ STJUE de 14 de septiembre de 2017, *K.*, asunto C-18/16, apdos. 36 y 39.

¹³³⁷ STJUE de 14 de septiembre de 2017, *K.*, asunto C-18/16, apdo. 32; STJUE de 15 de febrero de 2016, *N.*, asunto C-601/15 PPU, apdo. 56 y jurisprudencia citada.

¹³³⁸ STJUE de 28 de julio de 2016, *JZ*, asunto C-294/16 PPU, apdo. 50; STJUE de 27 de mayo de 2014, *Spasic*, asunto C-129/14 PPU, apdo. 54; STJUE de 15 de febrero de 2016, *N.*, asunto C-601/15 PPU, apdo. 47.

¹³³⁹ Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales (2007/C 303/02) (*DOUE* C 303/17, de 14 de diciembre de 2007). Conforme lo dispuesto en el art. 52.7 de la Carta, “Las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la presente Carta serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros”.

¹³⁴⁰ A este respecto, el art. 52.3 de la CDFUE establece que su sentido y alcance serán iguales a los que le confiere el referido CEDH, a la vez que precisa que el DUE podrá conceder una protección más extensa.

sólo pueden introducirse limitaciones al ejercicio de estos derechos y libertades cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás. En consecuencia, el internamiento de un solicitante de protección internacional sólo puede llevarse a cabo dentro de los límites de lo estrictamente necesario¹³⁴¹.

En coherencia con la jurisprudencia del TEDH, la privación de libertad de un solicitante de protección internacional está supeditada a que se respeten unas garantías estrictas, a saber, la existencia de una base legal, la claridad, la previsibilidad, la accesibilidad y la protección contra las arbitrariedades¹³⁴². Además, dada la facultad de apreciación individual de la que disponen las autoridades en cuestiones tales como la existencia de un riesgo de fuga, es necesario que tal apreciación se ejerza dentro de unos límites establecidos de antemano, cumpliendo, con ello, la exigencia prevista en el art. 5 del CEDH relativa a la previsibilidad de la norma a los fines de cumplir con el principio de seguridad jurídica. Así pues, es esencial que los criterios que determinan la existencia de un riesgo de fuga se encuentren claramente definidos por un acto de contenido obligatorio y de aplicación previsible¹³⁴³.

Si el internamiento se lleva a cabo en el marco del Reglamento Dublín III, es decir, con el fin de asegurar el traslado de solicitantes al EM competente para tramitar su solicitud de asilo, a pesar de que el Reglamento guarda silencio en relación a la duración máxima del internamiento, el TJUE mantiene que la duración del mismo será lo más breve posible¹³⁴⁴. Además, no podrá superar el período de tiempo razonablemente necesario para tramitar, con debida diligencia, los procedimientos administrativos exigibles para efectuar el traslado del solicitante¹³⁴⁵.

¹³⁴¹ STJUE de 14 de septiembre de 2017, *K.*, asunto C-18/16, apdo. 34; STJUE de 15 de febrero de 2016, *N.*, asunto C-601/15 PPU, apdo. 46 y jurisprudencia citada.

¹³⁴² STJUE de 15 de marzo de 2017, *Al Chodor* y otros, demanda n. C-528/15, apdo. 40.

¹³⁴³ STJUE de 15 de marzo de 2017, *Al Chodor* y otros, demanda n. C-528/15, apdo. 42.

¹³⁴⁴ El TJUE mantiene que el Reglamento Dublín III introduce más garantías en torno a la medida de internamiento que el Reglamento n. 343/2003, cuyo texto vino a refundir. En efecto, el Reglamento n. 343/2003 no contenía disposición alguna relativa al internamiento. Tal evolución pone de manifiesto la creciente atención que ha merecido para el legislador de la Unión la protección de los solicitantes; STJUE de 15 de marzo de 2017, *Al Chodor* y otros, demanda n. C-528/15, apdo. 35.

¹³⁴⁵ STJUE de 15 de marzo de 2017, *Al Chodor* y otros, demanda n. C-528/15, apdo. 34; STJUE de 13 de septiembre de 2017, *Khair Amayry*, asunto C-60/16, apdo. 41. En este último asunto el TJUE mantiene que: “se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que permite, en tal situación, mantener ese internamiento durante tres o doce meses durante los cuales puede efectuarse válidamente el traslado”; parte dispositiva. Asimismo, el art. 28.3 del Reglamento (UE) n. 604/2013 limita a seis semanas el plazo de ejecución del traslado contado a partir del momento en que se haya acordado y garantizado en principio la realización futura del mismo. Con ello, como señala el AG, Yves Bot, el legislador ha procedido a una ponderación entre, por un lado, las exigencias relativas a la ejecución de tal procedimiento y, por otro lado, la gravedad de la injerencia que constituye una medida de internamiento en

En este sentido, el Tribunal de Luxemburgo permite el internamiento de un solicitante de protección internacional, sobre la base de una disposición de Derecho nacional, si a la luz de las circunstancias del caso, se puede apreciar que la solicitud es presentada con el único fin de obstaculizar o frustrar la ejecución de la decisión de retorno; por lo que resulta objetivamente necesario mantener el internamiento para evitar que el interesado eluda el procedimiento de expulsión¹³⁴⁶.

7. A MODO DE RECAPITULACIÓN

El contenido y alcance de la propuesta de art. 19 del Proyecto de CDI con la que se establecen las condiciones de detención de extranjeros a los efectos de su expulsión, con carácter general ha sido confirmado por la jurisprudencia del TEDH y del TJUE, como expresión del DI en vigor en el ámbito regional europeo del COE y en el DI particular que constituye la UE. Ambos tribunales europeos han desarrollado una amplia jurisprudencia sobre los límites a la potestad de los Estados europeos para detener a extranjeros para asegurar su efectiva expulsión.

En primer lugar y con carácter general, como en otros ámbitos estudiados en los Capítulos anteriores, por lo que se refiere a la detención de extranjeros a efectos de su expulsión, el TEDH ha desarrollado un verdadero corpus iuris jurisprudencial que limita en buena medida la discrecionalidad de la que tradicionalmente han disfrutado las autoridades estatales. Se trata de un desarrollo jurisprudencial eminentemente garantista con los DDHH de los extranjeros y, en especial, con los colectivos especialmente más vulnerables objeto de expulsión.

En este sentido, el TEDH a la hora de interpretar y aplicar las garantías derivadas del art. 5 del CEDH en materia de detención de extranjeros, se basa, fundamentalmente, en los principios de debida diligencia y buena fe. Dado que se trata de conceptos jurídicos indeterminados, cuya interpretación y desarrollo varía en función del contexto en el que se aplican, la jurisprudencia del TEDH en este ámbito es abundante y compleja. Por su parte, el procedimiento y las condiciones con las que se debe desarrollar el internamiento

el derecho a la libertad del solicitante consagrado en el art. 6 de la CDFUE; Conclusiones del AG, Yves Bot, presentadas el 1 de marzo de 2017, *Khir Amayry*, asunto C-60/16, punto 56.

¹³⁴⁶ STJUE de 30 de mayo de 2013, *Arslan*, asunto C- 534/11, apdo. 63. Esto ha sido confirmado por la jurisprudencia del TJUE al mantener que no se debe considerar a los solicitantes de protección internacional como nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de un EM durante el periodo de tiempo que va desde que presentan la mentada solicitud, hasta que haya un pronunciamiento sobre la misma o se hasta resuelto el recurso interpuesto ante la decisión llegado el momento, STJUE de 30 de mayo de 2013, *Arslan*, asunto C-534/11, apdo. 49.

de extranjeros en el seno de la UE, se encuentran concretadas en la Directiva Retorno, por lo que no es una materia que haya suscitado demasiadas dudas en las jurisdicciones internas de los Estados. Por consiguiente, la jurisprudencia del TJUE no es tan relevante como la del TEDH.

En esta dirección y en segundo lugar, para el TEDH respeta el CEDH la detención de extranjeros desprovista de todo ápice de arbitrariedad. Para ello es necesario, por un lado, que la detención sea legal, lo que impone que la normativa de los EP y su interpretación sea acorde con lo establecido por el CEDH. La medida de detención debe ser conforme con ley en el plano interno, y también con el CEDH en el ámbito internacional. Se trata así de garantizar el principio de seguridad jurídica, así como la calidad de la ley. Con el fin de que los derechos contenidos en el CEDH sean prácticos y efectivos, se debe valorar la calidad de la ley en términos de previsibilidad, accesibilidad y comprensibilidad.

En tercer lugar, para poder detener a un extranjero el TEDH exige que la medida se adopte en el marco de un procedimiento de expulsión. Por tanto, no se requiere un examen de proporcionalidad que evalúe la aplicación de medidas menos restrictivas a los DDHH del extranjero y que permitan, por igual, la correcta ejecución de la expulsión, como sostiene el TEDH en *Chahal c. Reino Unido*. El TEDH sí que exige un examen de proporcionalidad que valore alternativas a la detención en otros contextos que no sean los relativos a la entrada ilegal y los procedimientos de expulsión, como es en los procedimientos de protección internacional. El TEDH se muestra, por tanto, más deferente con la soberanía nacional y con el derecho de los Estados a controlar, mediante la detención, la entrada y salida de extranjeros de su territorio. Si bien, el TEDH sí que demanda que la medida de detención sea idónea, dado que requiere una conexión entre la detención y el objeto para el que la medida es adoptada. Tal conexión tiene que poner de manifiesto la necesidad de la detención y no de otra medida como sucede, por ejemplo, en *Yoh-Ekale Mwanje c. Bélgica*.

Por su parte, el TJUE exige que las autoridades lleven a cabo un examen de posibles alternativas al internamiento; principio de proporcionalidad que aplica en *El Dridi*. Por tanto, una detención es proporcional si es la única medida posible para la ejecución del procedimiento de expulsión y siempre y cuando el internamiento no entorpezca la expulsión. Por ello, a la hora de evaluar la aplicación de alternativas al internamiento, las autoridades estatales competentes deben actuar con la debida diligencia. Para aplicar esta noción, el TJUE, a través de los principios generales del derecho, se inspira en la

jurisprudencia del TEDH a la hora de interpretar conceptos ambiguos extrapolables a la misma situación.

En tercer lugar, tanto el TEDH como el TJUE están de acuerdo al oponerse a que el orden público y la seguridad nacional sean motivos que justifiquen la detención de un extranjero en un procedimiento de expulsión. No obstante el debate sobre esta cuestión en el seno de las instituciones de la UE y las propuestas defendidas por la Comisión Europea, se debe tener en cuenta que el TEDH se ha encargado siempre de recordar que el cumplimiento por un EP de sus obligaciones internacionales, como son las derivadas del DUE, no le exime de cumplir con sus obligaciones dimanantes del CEDH.

En cuarto lugar, respecto a las garantías procesales en el marco de la detención, el TEDH atribuye una especial importancia al derecho a un recurso contra la decisión de detención. El recurso contra la decisión sobre la detención se constituye como una *lex specialis*, distinto al recurso previsto en el art. 13 del CEDH contra la decisión de expulsión (Capítulo VII.5.2.). En este sentido, el recurso contra la orden de detención debe ser eficaz, accesible, rápido y, en ocasiones, requiere de asistencia jurídica gratuita. La efectividad del recurso implica que la decisión de detención le haya sido notificada al extranjero de forma efectiva, esto es, en un idioma que pueda entender. La importancia del recurso contra la decisión por la que se ordena la detención adquiere una relevancia mayor si se considera que la Directiva Retorno no contempla un recurso contra la orden de internamiento. Por tanto, el recurso contra la decisión de detención según se configura en la jurisprudencia del TEDH, suple la carencia existente en este ámbito procesal en el DUE. No obstante, el DUE sí obliga a la revisión de la legalidad de la medida si el internamiento es adoptado por una autoridad administrativa, con lo que se reafirma la prohibición de arbitrariedad de la detención. Lo que demuestra el desarrollo de una jurisprudencia complementaria por parte del TEDH y del TJUE, a la hora de adoptar medidas tendentes a eliminar la arbitrariedad en el contexto de la detención de extranjeros.

En quinto lugar, el TEDH ha desarrollado un abundante corpus jurisprudencial en relación a las condiciones de detención de los extranjeros. Con el que ha confirmado el carácter absoluto del art. 3 del CEDH y la prohibición del EP de llevar a cabo actos de tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes en su territorio en el marco de la expulsión; en concreto, durante la detención del extranjero. Por la vía del desarrollo jurisprudencial del art. 3 del CEDH, el TEDH aplica criterios generales que permiten determinar cuáles son las condiciones de detención de un extranjero, acordes con la

dignidad humana y con el carácter no punitivo de la detención. De todos los criterios establecidos por el TEDH, en *Khuroshvili c. Grecia* además de en otros casos, hace especial hincapié en el hacinamiento y el tiempo de detención. En relación a este último criterio, defiende una relación proporcional al establecer que, cuanto mejores son las condiciones de detención, mayor tiempo puede encontrarse el sujeto detenido; mientras que a peores circunstancias menor es el tiempo de detención permitido por el CEDH. Asimismo, estos estándares en materia de condiciones de detención son más severos si la detención se produce en lugares no acondicionados para ello, como son las zonas de tránsito internacionales de los aeropuertos, tal y como sucede en *Z.A. y otros c. Rusia*.

La jurisprudencia del TJUE relativa a las condiciones de internamiento no es tan abundante como la del TEDH. Dado que tales condiciones son reguladas con bastante precisión en la Directiva Retorno, son muy pocas las cuestiones prejudiciales planteadas ante TJUE. Este órgano judicial únicamente se limita a reafirmar la separación entre presos comunes y extranjeros como reafirmación de la naturaleza no penitenciaria del internamiento, además de condición *sine quan* non para que el internamiento sea acorde con la Directiva Retorno. Además, al igual que el TEDH, el tribunal de Luxemburgo mantiene que las condiciones de internamiento deben desarrollarse teniendo en consideración el carácter no punitivo de la medida, así como el respeto a la dignidad humana.

En sexto lugar, la jurisprudencia del TEDH condiciona la duración máxima de la detención al tiempo razonablemente necesario para ejecutar la expulsión, algo que no sucede en *A. y otros Reino Unido*. La razonabilidad del tiempo viene determinada por los principios de buena fe y debida diligencia por parte de las autoridades nacionales a la hora de adoptar las medidas apropiadas tendentes a ejecutar la expulsión. Por tanto, se debe alcanzar un equilibrio entre el derecho de los Estados a detener a extranjeros con miras a asegurar su expulsión, y el derecho del extranjero a que esta medida se vea limitada para el fin por el que es adoptada, para lo que se exige al Estado una conducta diligente durante todo el procedimiento. Se puede valorar de forma positiva que sean estándares de conducta y no plazos de tiempo predeterminados los que determinen si la detención de un extranjero es conforme al CEDH. De este modo, la jurisprudencia del TEDH limita los periodos de tiempo establecidos en las legislaciones estatales, a la luz de la actuación de las autoridades estatales encargadas de la expulsión.

En la Directiva Retorno se predetermina el tiempo máximo inicial y de prórroga del internamiento, y hasta la fecha no se ha planteado ninguna cuestión prejudicial en relación

al periodo máximo de internamiento de un extranjero. El TJUE únicamente se ha encargado de concretar cómo se deben computar los periodos de detención. En este sentido, los extranjeros solicitantes de protección internacional no se encuentran amparados por el régimen de expulsión; por lo que el tiempo que su solicitud permanezca en *stand by* no es computable a los efectos del tiempo máximo permitido de internamiento. Lo que pone de relieve la importancia que para el DI particular que constituye la UE presenta la distinción entre solicitantes de refugio y extranjeros en situación irregular.

En séptimo lugar, una problemática que se pone muy de manifiesto en la práctica, es la relativa al limbo jurídico o “zona gris” en el que se encuentra un extranjero cuyo periodo máximo de internamiento ha expirado sin haberse ejecutado la decisión de expulsión. Se trata de un asunto en el que existe un vacío legal no resuelto hasta ahora por el legislador de la UE. Por tanto, es una cuestión que queda a la libre discrecionalidad de cada EM, quienes tienen la potestad de conceder un permiso de estancia por motivos humanitarios. En este extremo cabe plantearse hasta qué punto la situación de desamparo a la que se ve abocado el extranjero puede conllevar un trato contrario al art. 3 del CEDH. A la vista de la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 3 del CEDH estudiada en el presente Capítulo, así como en el Capítulo III, es probable que se planteara una demanda en Estrasburgo se concluya la vulneración de la citada disposición por la situación de marginalidad a la que el Estado aboca el extranjero que no es “expulsable” ni “regularizable”.

En octavo lugar, el desarrollo del art. 3 del CEDH en la jurisprudencia del TEDH también ha derivado en la configuración de un régimen especial de detención para los menores extranjeros. Pese a que diversos órganos de tratados y expertos independientes defienden que la detención de un menor nunca responde al interés superior del niño, la posibilidad de detener a este colectivo no se encuentra prohibida por el DI. Por ello, el TEDH tampoco la prohíbe con carácter general. Si bien, establece un estándar de protección especial en este ámbito, regido por el interés superior del menor. Según este régimen especial, las condiciones de detención deben ser idóneas a la edad del menor, el tiempo de detención debe ceñirse todavía más a lo estrictamente necesario, y se deben de prever alternativas a la detención de menores extranjeros. Según el TEDH, el estudio de alternativas a la detención no es preceptivo en el régimen general de detención de extranjeros, donde la única exigencia es que la detención se enmarque en un procedimiento de expulsión

Dado que el interés superior del menor exige, en ciertos casos, que se preserve la unidad familiar, este examen de alternativas se extrapola a los progenitores del menor. En los supuestos en que se procede a la separación del menor de sus progenitores o a estos últimos no se les aplica el examen de alternativas descrito, se vulnera el art. 3 del CEDH, debido al grado de sufrimiento experimentado por el menor. La evaluación de si es preceptiva la separación de los menores de sus progenitores, se supedita a la debida diligencia de las autoridades nacionales competentes. Por tanto, la vulneración del interés superior del menor en casos de detención se enmarca en el ámbito de protección del art. 3. Además, según el TEDH, también se debe salvaguardar el interés superior del menor en el Estado de destino. Por tanto, se puede considerar que el control efectivo que las autoridades estatales ejercen sobre el menor y, por tanto, la protección de los derechos que el CEDH le confiere, les obliga a salvaguardar el interés superior del menor también a su regreso al Estado de procedencia, como mantiene el TEDH en *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*. Este es otro ejemplo que demuestra el desarrollo jurisprudencial en buena medida garantista con los DDHH de los extranjeros que lleva a cabo el TEDH mediante la interpretación y aplicación del art. 3 del CEDH.

En noveno lugar, asimismo el TEDH desarrolla otro régimen especial de detención: el de los solicitantes de refugio. De nuevo se aprecia una evolución en la jurisprudencia del TEDH, con la que se trata de garantizar los DDHH de los solicitantes de refugio, al requerir un examen de alternativas a la detención. Con carácter general, el TEDH mantiene que únicamente cabe la detención de un solicitante de refugio a efectos identificativos. Por ello, a la hora de referirse a la detención de solicitantes de protección internacional suele utilizar el término “retención”, noción que denota una privación de libertad por un breve tiempo. El TEDH reprueba la práctica de algunos EM de la UE, relativa a la detención sistemática de este colectivo sin detallar los motivos, siendo indiferente para el TEDH si con esta práctica se da cumplimiento a lo establecido en DUE.

En el DUE, la Directiva 2013/33/UE dispone taxativamente los motivos por los que se puede internar a un solicitante de protección internacional, siendo el principal la necesidad de verificar los datos de la solicitud en los supuestos en los que existe riesgo de fuga. Para concretar si se da esta circunstancia, el TJUE establece los mismos requisitos que los exigidos por el TEDH, estos son: el principio de seguridad jurídica, la necesidad y proporcionalidad de la medida, así como el tiempo necesario para el fin de la detención, el cual vendrá determinado por la debida diligencia de las autoridades nacionales competentes. En consecuencia, el TJUE cumple, en este ámbito, con los

criterios de claridad, de previsibilidad, de accesibilidad y, en particular, de protección contra las arbitrariedades que exige el TEDH con relación a los extranjeros objeto de detención en el marco de un procedimiento de expulsión. Lo que de nuevo permite apreciar un fluido diálogo judicial entre ambos órganos judiciales, a la hora de desarrollar regímenes especiales de detención.

En décimo lugar y, en definitiva, a la luz de la jurisprudencia estudiada se puede afirmar que el TEDH, a partir del efectivo cumplimiento de los arts. 3 y 5 del CEDH, está configurando y dotando de contenido a todo un régimen jurídico en materia de detención de extranjeros a efectos de expulsión. En dicho régimen jurídico se determinan, entre otras cuestiones, las condiciones en las que deben adaptarse las instalaciones en las que se lleven a cabo las detenciones de extranjeros; se prohíben los “limbos jurídicos” en las zonas de los aeropuertos a la hora de que los EP detengan a extranjeros en estos lugares; se han articulado regímenes especiales de detención para los menores extranjeros y los solicitantes de refugio....

A pesar de que el TEDH no es propiamente un tribunal de inmigración y asilo, con su jurisprudencia desarrolla un régimen jurídico de detención de extranjeros, que es de aplicación a los cuarenta y siete EP y también a la propia UE por la vía de los principios generales del derecho, aunque de momento no se haya producido la adhesión de esta al CEDH. Los EM de la UE sí son miembros del COE, por lo que no pueden argumentar el cumplimiento de lo dispuesto en el DUE como excusa para no cumplir con los DDHH reconocidos en el CEDH, según son interpretados y aplicados por el TEDH en su jurisprudencia. En suma, el estudio de la jurisprudencia que se ha llevado a cabo a lo largo de este capítulo, también confirma que los tribunales regionales europeos, actuando en el seno de la estructura institucional regional del COE y de la UE y gracias al desarrollo sobre todo del DI de los DDHH, vienen protagonizando una relevante contribución dirigida a erosionar en buena medida la tradicional discrecionalidad de la que disfrutaban los Estados con relación a la expulsión de extranjeros.

Capítulo VII

LOS DERECHOS PROCESALES DE LOS EXTRANJEROS DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE EXPULSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Los arts. 4, 5 y 26 del Proyecto de la CDI están dedicados a los derechos procesales de los extranjeros durante el procedimiento de expulsión. En primer lugar, el art. 5, titulado “motivos de expulsión”, condiciona la expulsión de un extranjero a la existencia de un motivo válido y la evaluación de ese motivo por las autoridades competentes. Así, en su primer apartado se establece que “toda resolución de expulsión deberá ser motivada”. Como explica la CDI, los Estados son soberanos y, en consecuencia, pueden decidir las condiciones de entrada y salida de los extranjeros en su territorio; pero no pueden expulsar arbitrariamente a los extranjeros que se encuentren en su territorio¹³⁴⁷. En esta dirección, en *Diallo* la CIJ mantiene lo siguiente:

“Moreover, the Court can but find not only that the decree itself was not reasoned in a sufficiently precise way [...] but that throughout the proceedings, the DRC [Democratic Republic of Congo] has never been able to provide grounds which might constitute a convincing basis for Mr. Diallo’s expulsion”¹³⁴⁸.

Los Estados pueden decidir expulsar a un extranjero de su territorio por motivos muy variados. Según el Ponente Kamto, los motivos más habituales de expulsión son: el interés superior de Estado; la violación de la ley; la condena a una pena de prisión; el incumplimiento de las formalidades administrativas; la salud pública; las buenas costumbres; los motivos relativos a la ideología y/o actividad política; los motivos culturales, la entrada ilegal; el incumplimiento de las condiciones de admisión; los motivos económicos; o como medida preventiva o disuasoria, entre otros¹³⁴⁹. Los motivos que con más frecuencia alegan las autoridades estatales para expulsar a un extranjero son

¹³⁴⁷ Proyecto de la CDI, Doc. A/69/10, comentario 2) a la propuesta de art. 5, p. 29.

¹³⁴⁸ CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 669, pár. 82.

¹³⁴⁹ CDI, “Sexto informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/625, 19 de marzo de 2010, pp. 28 y ss.

la violación de las normas internas de entrada y estancia –esto es, la estancia irregular del extranjero–, además de la seguridad nacional y el orden público¹³⁵⁰.

Además, en el apdo. 2 de la propuesta de art. 5 se establece que el motivo de expulsión debe encontrarse previsto en la normativa interna del Estado expulsor¹³⁵¹, en cumplimiento del principio de seguridad jurídica. Por su parte, el apdo. 3 del art. 5 del Proyecto dispone que “el motivo de expulsión será evaluado de buena fe y de manera razonable, a la luz de todas las circunstancias, teniendo en cuenta en particular, cuando proceda, la gravedad de los hechos y el comportamiento del extranjero o el carácter actual de la amenaza a que los hechos dan lugar”. Este último apartado se redactó tomando como referencia a la Directiva sobre el derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los EM¹³⁵², como a continuación se volverá a insistir.

En efecto, a lo largo del epígrafe 2 del presente Capítulo se analiza la jurisprudencia del TJUE relativa a la obligación de motivar la decisión por la que se expulsa a un extranjero. Así como la jurisprudencia que versa sobre los límites a la competencia penal de los EM a la hora de sancionar la estancia irregular de un extranjero, de acuerdo con la finalidad de la Directiva Retorno de la UE: la rápida expulsión de los extranjeros irregulares. Este epígrafe no contiene referencias al TEDH dado que hasta la fecha no ha dictado jurisprudencia sobre esta problemática.

En segundo lugar, el art. 4 del Proyecto de la CDI, con la rúbrica “obligación de conformidad con la ley”, impone la obligación de que todo extranjero, con independencia del carácter regular o irregular de su estancia, sea expulsado únicamente en cumplimiento de una resolución adoptada conforme a la ley¹³⁵³. Aunque los Estados tienen la facultad

¹³⁵⁰ De este modo lo plasma la CDI en los comentarios a la propuesta de art. 5; Proyecto de la CDI, Doc. A/69/10, comentario 3) a la propuesta de art. 5, p. 30. El análisis realizado por el Relator Especial pone de manifiesto que los Estados poseen gran flexibilidad para valorar las circunstancias en las que se apoyan las decisiones de expulsión. No obstante, este margen de apreciación queda limitado por la forma en la que el Estado justifica la expulsión. La motivación es lo que determina la correspondencia y validez de la decisión de expulsión conforme al orden internacional; CDI, “Sexto informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/625, 19 de marzo de 2010, p. 92 y ss.

¹³⁵¹ Proyecto de la CDI, Doc. A/69/10, comentario 3) a la propuesta de art. 5, p. 30.

¹³⁵² El Ponente se basa en los arts. 27.1 y 2 de la Directiva 2004/38/CE. Véase el Sexto informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/625, 19 de marzo de 2010, p. 107.

¹³⁵³ Proyecto de la CDI, Doc. A/69/10, comentario 2) y 4) a la propuesta de art. 4, p. 26. Como mantiene la CDI en su comentario a la propuesta de art. 4, la finalidad de esta disposición es que el Estado no pueda llevar a cabo comportamientos tendentes a compeler a un extranjero a abandonar el territorio de su Estado sin que le sea notificada la medida al sujeto mediante una resolución formal en ese sentido. De dicha finalidad se deriva que la propuesta de art. 4 del proyecto se encuentra estrechamente ligado, por una parte, con el art. 10.1, el cual prohíbe la expulsión encubierta de extranjeros y, por otra parte, con la propuesta de art 26.1, letra a), que establece el derecho procesal del extranjero a ser notificado de la resolución de

de determinar las normas de entrada y salida de los nacionales de terceros Estados en sus territorios, la decisión de expulsión debe ser conforme con la ley¹³⁵⁴.

En este sentido, en el art. 13 del PIDCP se prevé que la decisión de expulsión debe ser conforme con la ley, si bien sólo respecto de aquellos extranjeros que se encuentren de forma legal en el territorio del Estado expulsor¹³⁵⁵. La CIJ, en relación al art. 13 del PIDCP y el art. 12.4 de la CADH, en *Ahmadou Sadio Diallo* llega a la conclusión de que la expulsión del Sr. *Diallo* no es decidida de conformidad con la ley, y a este respecto mantiene que:

“It follows from the terms of the two provisions cited above that the expulsion of an alien lawfully in the territory of a State which is a party to these instruments can only be compatible with the international obligations of that State if it is decided in accordance with «the law», in other words the domestic law applicable in that respect”¹³⁵⁶.

El CDH interpreta que el art. 13 del Pacto regula directa y únicamente el procedimiento, y no los fundamentos sustantivos de la expulsión. No obstante, al admitir únicamente las expulsiones llevadas a cabo “en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley”, sostiene que el objetivo que se persigue con esta terminología es impedir las expulsiones arbitrarias¹³⁵⁷.

expulsión. Respecto a esta propuesta de art. 4, cabe destacar la observación de Reino Unido quien muestra su preocupación sobre el hecho de que se estuviera impregnando el proyecto de artículos sobre la base de que existe una obligación de regularizar la situación de un migrante ilegal antes de que el Estado pueda adoptar cualquier medida de expulsión; CDI, “Expulsión de extranjeros. Comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos”, A/CN.4/669, 21 de marzo de 2014, p. 15.

¹³⁵⁴ CDI, “Informe preliminar sobre la expulsión de extranjeros, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/554, 4 de abril de 2005, párr. 23.

¹³⁵⁵ Esta obligación también se reconoce en el art. 22.2 de la CIPDTM; el art. 32.2 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y el art. 31.2 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas; Convención sobre el Estatuto de los Apátridas. Adoptada el 28 de septiembre de 1954 por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 526 A (XVII), de 26 abril de 1954 (BOE n. 159, de 4 de julio de 1997)

¹³⁵⁶ CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 663, párr. 65.

¹³⁵⁷ CDH, Observación general n. 15, “La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto”, 27º período de sesiones (1986), párr. 10; CDH, comunicación n. 538/1993, *Charles E. Stewart c. Canadá*, CCPR/C/58/D/538/1993, 1 de noviembre de 1996, párr. 5.1 El CDH mantiene que no se debe equiparar el concepto de “arbitrariedad” con el de “contrario a la ley”, si no que el término arbitrariedad debe ser objeto de una interpretación más amplia de manera tal que incluya elementos de inadecuación, injusticia, imprevisibilidad e inobservancia de las debidas garantías procesales; CDH, comunicación n. 1875/2009, *M. G. C. c. Australia*, CCPR/C/113/D/1875/2009, 26 de marzo de 2015, párr. 11.5. En una denuncia ante el Comité se plantea el caso de una refugiada política griega, expulsada de territorio sueco por ser sospechosa de ser una terrorista. La denunciante afirma que dicha decisión viola el art. 13 del Pacto, ya que esta no es adoptada conforme a la ley. Con ocasión de este caso el Comité mantiene que la interpretación de la legislación nacional es un asunto que compete, esencialmente, a los tribunales y autoridades competentes

La obligación de que la decisión de expulsión sea conforme con la ley, también se reconoce en el art. 12.4 de la CADHP; en el art. 22.6 de la CADH; y en el art. 1.1 del Protocolo n. 7 al CEDH¹³⁵⁸. Todos estos instrumentos regionales de protección de los DDHH condicionan la aplicación de esta obligación a que los extranjeros se encuentren legalmente presentes en el territorio del Estado en cuestión. Más en concreto, en el art. 1 del Protocolo n. 7 al CEDH se recogen las garantías de procedimiento en caso de expulsión de extranjeros¹³⁵⁹, con el siguiente tenor literal:

“1. Un extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado no podrá ser expulsado sino en ejecución de una decisión dictada conforme a la ley, y deberá permitírsele: a) exponer las razones que se opongan a su expulsión; b) que su caso sea examinado; c) hacerse representar a tales fines ante la autoridad competente o ante la persona o personas designadas por esa autoridad. 2. Un expulsado podrá ser expulsado antes de ejercer los derechos enumerados en el párrafo 1 a), b) y c) de este artículo cuando su expulsión sea necesaria en interés del orden público o se base en motivos de seguridad nacional”¹³⁶⁰.

En el epígrafe 3 del presente Capítulo se analiza la jurisprudencia del TEDH relativa a la obligación de que la decisión de expulsión sea conforme con la ley. Así como la jurisprudencia que se ocupa de las formalidades que se requieren para que la ley interna cumpla los estándares de “calidad de la ley”.

En tercer lugar, el art. 26 del Proyecto de la CDI recoge una lista de derechos procesales de los que debe gozar todo extranjero objeto de expulsión, con independencia de que su estancia sea legal o no en el territorio del Estado expulsor. Se incluyen los

del EP en cuestión. Por tanto, no es tarea del Comité evaluar si las autoridades competentes del EP en cuestión han interpretado y aplicado correctamente la legislación nacional en el caso concreto, de conformidad con el Protocolo Facultativo. Empero, sí que le correspondería dicha tarea al Comité si se demuestra que los tribunales y autoridades competentes de ese Estado no han interpretado y aplicado de buena fe la ley nacional, quedando en evidencia así el abuso de poder; CDH, comunicación n. 58/1979, *Anna Maroufidou c. Suecia*, 9 de abril de 1981, CCPR/C/12/D/58/1979, pár. 10.1. Por ejemplo, en *Stewart c. Canadá*, el CDH interpreta que: “no hay pruebas de abuso de poder por parte de las autoridades canadienses y, al no existir este abuso de poder, es improcedente que el Comité evalúe la interpretación y aplicación de la legislación canadiense por dichas autoridades”; CDH, comunicación n. 538/1993, *Charles E. Stewart c. Canadá*, CCPR/C/58/D/538/1993, 1 de noviembre de 1996, pár. 5.4.

¹³⁵⁸ Protocolo n. 7 al CEDH para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 22 de noviembre de 1984 (*BOE* n. 249, de 15 de octubre de 2009).

¹³⁵⁹ Este Protocolo ha sido firmado por todos los EP, menos Reino Unido, y ratificado por todos, menos Reino Unido, Alemania y Países Bajos: véase esta información en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/117/signatures>

¹³⁶⁰ Para un estudio doctrinal de los términos que componen este precepto véase, LOCHAK, D., “Protocole n. 7. Article 1”, en PETTITI, L.E., DECAUX, E. e IMBERT, P.H. (Dir.), *La convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, 2ª ed., Economica, Paris, 1999, 1083-1085

siguientes derechos procesales: el derecho a ser notificado de la resolución de expulsión; el derecho a recurrir la resolución de expulsión, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello; el derecho a ser oído por una autoridad competente; el derecho de acceso a vías efectivas para recurrir la resolución de expulsión; el derecho a estar representado ante la autoridad competente; y el derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete si no comprende o no habla el idioma empleado por la autoridad competente.

Si bien, la propuesta de art. 26.4 establece que “los derechos procesales previstos en este artículo se entienden sin perjuicio de la aplicación de la legislación del Estado expulsor relativa a la expulsión de los extranjeros que se encuentran ilegalmente en su territorio desde hace poco tiempo”¹³⁶¹. Por tanto, se deja en manos de los operadores jurídicos y, sobre todo, de los tribunales internos, la interpretación sobre el contenido y alcance de la noción “desde hace poco”. Desde luego, cabe poner en duda si con este tipo de soluciones normativas el órgano codificador contribuye a la seguridad jurídica en este sector de normas de DI.

En efecto, las garantías procesales a las que tiene derecho el extranjero durante todo el procedimiento de expulsión presentan una evidente importancia. La determinación de su contenido y alcance plantea especiales dificultades a la hora de establecer un estándar mínimo de garantías aplicable a todos los extranjeros en la esfera del DI general. Se trata de un ámbito que cada Estado regula en su normativa interna, siendo escasas las normas internacionales con vocación universal a este respecto. En cualquier caso, gracias al desarrollo de la estructura institucional y la creación en su seno de tribunales como el

¹³⁶¹ En la redacción del apdo. 4 del art. 26, la CDI, en un primer momento se estima conveniente concretar esa presencia mínima del extranjero en el Estado expulsor en seis meses, basándose, sobre todo, en el análisis que hizo el Ponente de la CDI en la primera adición a su sexto informe sobre algunas de las legislaciones nacionales; Véase el estudio, a este respecto, realizado por el Relator Especial Maurice Kamto en, CDI, “Sexto informe sobre la expulsión de los extranjeros. Presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial”, adición primera, A/CN.4/625/Add1, 28 de mayo de 2010, párs. 17 a 40. Sin embargo, fueron muchos los comentarios en contra de establecer ese periodo de seis meses. Austria opinó que se trataba de un plazo demasiado breve para ocuparse de determinados casos difíciles, por lo que debía ser prorrogado. Canadá dijo que no tenía constancia de que hubiese un fundamento de DI que sustentara dicha limitación temporal. El Salvador, por su parte opta por un plazo de seis meses como punto de referencia para conceder ciertas garantías procesales no solo sería ilegítimo desde la perspectiva de que esas garantías no son privilegios concedidos por el Estado si no principios básicos que derivan de la dignidad humana, sino que, además, resultaría difícil comprobar ese plazo de seis meses en cada caso. Reino Unido coincidió con El Salvador en sostener que este plazo podría resultar difícil de poner en práctica, ya que no siempre se está en condiciones de determinar exactamente hace cuánto tiempo un extranjero se halla ilegalmente en el territorio de un Estado, además de suponer un plazo arbitrario. Reino Unido propuso sustituir el plazo de seis meses por la fórmula que se encuentran ilegalmente en su territorio desde hace poco tiempo la cual, finalmente fue la que se adoptó en el texto del art. 26.4 aprobado en segunda lectura; ver los comentarios de estos Estados acerca de este apartado en, CDI, “Expulsión de extranjeros. Comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos”, A/CN.4/669, 21 de marzo de 2014, p. 59.

TEDH y el TJUE, se ha podido concretar en buena medida el contenido y alcance de cada uno de estos derechos, tanto en el subsistema regional que constituye el COE, como en subsistema regional surgido con la creación de las Comunidades Europeas. A lo largo de los epígrafes 4 a 8 del presente Capítulo se van a desmenuzar los derechos previstos en el art. 26 del Proyecto de la CDI, a la luz de la jurisprudencia desarrollada por los tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo.

En definitiva, la estructura del presenta Capítulo presenta el siguiente orden: en primer lugar, a la hora de analizar los derechos procesales de los extranjeros durante el procedimiento de expulsión, se estudian los motivos por los que cabe la expulsión de un extranjero a la luz de la jurisprudencia del TJUE (epígrafe 2). En concreto, dentro de este epígrafe se estudia la situación administrativa irregular del extranjero como motivo para adoptar la decisión de expulsión (2.1.), así como los límites a la expulsión que se imponen durante el examen de la solicitud de protección internacional (2.2.), y los límites a la competencia penal de los EM de conformidad con la Directiva Retorno (2.3.), para lo cual se analiza un caso test: el asunto *Zaizoune* (2.3.1.).

A continuación, se estudia la jurisprudencia del TEDH relativa a la obligación de que la decisión de expulsión se adopte de conformidad con la ley nacional; así como la jurisprudencia dictada sobre las condiciones que se exigen a la ley nacional con fin de asegurar su calidad (3). Seguidamente, se analiza la jurisprudencia sobre el derecho del extranjero a ser notificado de la resolución de expulsión (4).

Después se estudia la jurisprudencia sobre una de las garantías procesales más importantes para el extranjero objeto de expulsión: el derecho a plantear un recurso efectivo (5). El extranjero puede plantear dos clases de recursos en el marco de un procedimiento de expulsión: por un lado, puede interponer un recurso contra la decisión por la que se decide su expulsión (5.1.); y, por otro lado, puede plantear un recurso por la vulneración de sus DDHH durante el procedimiento de expulsión (5.2.). A la hora de analizar el contenido y el alcance del recurso en este segundo supuesto es necesario conocer, en primer lugar, su naturaleza (5.2.1.). Para ello se ofrece una breve presentación sobre el fundamento del agotamiento de recursos internos como manifestación del carácter subsidiario del sistema de control establecido por el CEDH (5.2.1.1.); así como la naturaleza (in)dependiente del recurso previsto en el art. 13 del CEDH (5.2.1.2.); y el contenido de la noción “queja defendible” como requisito para el ejercicio de un recurso efectivo (5.2.1.3.). En segundo lugar, se estudian las características intrínsecas al término “efectivo” como requisito para el ejercicio de un recurso previsto en el CEDH (5.2.2.).

En tercer lugar, se analiza uno de los requisitos que el TEDH exige al recurso para que, en determinados casos, pueda ser realmente efectivo: el efecto suspensivo (5.2.3.). Tanto el efecto suspensivo del recurso en supuestos relacionados con los arts. 2 y 3 del CEDH (5.2.3.1.); como respecto de otros preceptos del CEDH (5.2.3.2.).

Los epígrafes que siguen están dedicados a la jurisprudencia sobre el alcance y contenido del resto de derechos procesales del extranjero objeto de expulsión: el derecho a ser oído (6); el derecho a estar representado ante la autoridad competente (7); y el derecho a ser asistido por un intérprete (8).

Para finalizar, se ofrece a modo de recapitulación una síntesis y valoración de toda la jurisprudencia estudiada a lo largo de este Capítulo (9).

2. LOS MOTIVOS DE EXPULSIÓN

2.1. La situación administrativa irregular del extranjero como motivo para adoptar la decisión de expulsión

El art. 6.1 de la Directiva Retorno establece que “los Estados miembros dictarán una decisión de retorno sobre cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apdos. 2 a 5”. En aplicación y desarrollo de esta norma, los EM tienen la obligación de dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio¹³⁶². Los EM disponen de un amplio margen de apreciación para ejecutar las disposiciones de la Directiva Retorno, con el fin de adaptarlas a las particularidades de su legislación nacional¹³⁶³. El margen de apreciación estatal, en este sentido, está supeditado al principio de cooperación leal, que conlleva la obligación para los EM de abstenerse de adoptar medidas que puedan poner en peligro la consecución de los objetivos que persigue la citada norma: la rápida expulsión de los extranjeros irregulares¹³⁶⁴. Según la Directiva Retorno, se entiende por situación irregular:

¹³⁶² STJUE de 28 de abril de 2011, *El Dridi*, asunto C-61/11 PPU, apdo. 30.

¹³⁶³ STJUE de 5 de junio de 2014, *Mahdi*, asunto C-146/14 PPU, apdo. 39.

¹³⁶⁴ El art. 4.3 del TUE se refiere al principio de cooperación leal entre los EM, según el cual: “Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión. Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la

“[...]la presencia en el territorio de un Estado miembro de un nacional de un tercer país que no cumple o ha dejado de cumplir las condiciones de entrada establecidas en el artículo 5 del Código de Fronteras Schengen u otras condiciones de entrada, estancia o residencia en ese Estado miembro”¹³⁶⁵.

Para establecer desde qué momento se puede considerar que un extranjero se encuentra en situación irregular, es necesario atender a los requisitos establecidos en los arts. 5.1 y 7 del Código de Fronteras Schengen, donde se recogen las exigencias para el cruce por parte de nacionales de terceros Estados¹³⁶⁶. Cuando estos requisitos no son cumplidos, se entiende que dicho cruce es irregular, y los extranjeros pueden ser calificados como nacionales de terceros países en situación irregular¹³⁶⁷. En estos supuestos, y en aquellos en los que la persona no tiene derecho de estancia en el territorio de un EM, el sujeto no tiene derecho a permanecer en el territorio de un EM y se le puede aplicar un procedimiento de expulsión¹³⁶⁸. Para ello, las autoridades nacionales

consecución de los objetivos de la Unión”; véase en la jurisprudencia europea, entre otras muchas, STJUE de 6 de diciembre de 2011, *Achughbadian*, asunto C-329/11, apdo. 43.

¹³⁶⁵ Art. 3.2 de la Directiva Retorno. A tenor de lo dispuesto por la Comisión Europea con respecto a este precepto, “cualquier nacional de un tercer país que se encuentre físicamente presente en el territorio de un Estado miembro de la UE está en situación regular o irregular. No existe una tercer opción”; Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión de 16 de noviembre de 2017 por la que se establece un «Manual de Retorno» común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno. Bruselas, 16 de noviembre de 2017 (*DOUE L 339/83*, de 19 de diciembre de 2017), p. 88.

¹³⁶⁶ Reglamento (UE) n. 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (*DOUE L 77/1*, de 23 de marzo de 2016).

¹³⁶⁷ Por su parte, la Comisión Europea considera que se encuentran en situación irregular en un EM los nacionales de terceros Estados inmersos en alguna de estas situaciones: los titulares de un permiso de residencia o visado caducado; los titulares de un permiso de residencia o visado retirado; solicitantes de asilo rechazados; solicitantes de asilo que hayan recibido una decisión que extinga su derecho de estancia como solicitantes de asilo; personas a quienes se les haya denegado la entrada en la frontera; personas interceptadas en el cruce irregular de una frontera; los migrantes irregulares detenidos en el territorio de un EM; personas que no disfrutaran del derecho de estancia en el EM de detención –con independencia de que tengan derecho de estancia en otro EM-; personas presentes en el territorio de un EM durante un plazo de salida voluntaria; y las personas cuya expulsión se ha aplazado; Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión de 16 de noviembre de 2017 por la que se establece un «Manual de Retorno» común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno. Bruselas, 16 de noviembre de 2017 (*DOUE L 339/83*, de 19 de diciembre de 2017), p. 89. Respecto a la caducidad de los permisos de residencia, cabe señalar que el TJCE determinó que la notificación automática de una orden para abandonar el territorio del EM por no haber presentado, en un plazo determinado, los documentos requeridos para la obtención de una autorización de residencia, es contraria a la normativa de la, entonces, Comunidad Europea; STJCE de 23 de marzo de 2006, *Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de Bélgica*, asunto C-408/03, apdo. 72.

¹³⁶⁸ Esta afirmación, de conformidad con el art. 12.1 del Código de fronteras Schengen, se aplica sin perjuicio de las situaciones en las que se solicita obtener el estatuto de refugiado y sin incurrir en una violación del principio de devolución. Con carácter general, al margen de las excepciones previstas, la Comisión Europea mantiene que el EM encargado de llevar a cabo la expulsión será el que ha procedido a la aprehensión del extranjero. Esto es, si un extranjero en situación irregular ha entrado por un Estado, ha viajado a través de dos Estados más, sin ser detectado en ninguno de ellos, hasta llegar a un

competentes deben disponer de un plazo breve pero razonable para identificar al extranjero, e investigar los datos que permitan determinar si se encuentra en el territorio de un EM en situación irregular. Las autoridades competentes deben llevar a cabo estas actuaciones aplicando el principio de la debida diligencia, y en el menor tiempo posible¹³⁶⁹.

En esta misma dirección, el TJUE relaciona los conceptos de “situación irregular” con el de “entrada ilegal”, debido a que una entrada ilegal es uno de los desencadenantes de la irregularidad de la situación de un extranjero¹³⁷⁰. Según el art. 6 de la Directiva Retorno, un nacional de un tercer país tiene la consideración de extranjero en situación irregular en un EM, cuando no cumple las condiciones de entrada, estancia o residencia y viaje y se encuentre en un EM, aunque de forma transitoria, con destino a un tercer Estado no integrado en el espacio Schengen¹³⁷¹. No es necesaria una estancia mínima en

cuarto en el que sí ha sido detenido, será este último el encargado de llevar a cabo el procedimiento de retorno; Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión de 16 de noviembre de 2017 por la que se establece un «Manual de Retorno» común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno. Bruselas, 16 de noviembre de 2017 (*DOUE L 339/83*, de 19 de diciembre de 2017), p. 101.

¹³⁶⁹ La verificación de la existencia de la irregularidad de la situación puede resultar particularmente complicada si el nacional del tercer Estado invoca la condición de solicitante de asilo o refugiado; STJUE de 6 de diciembre de 2011, *Achughbabian*, asunto C-329/11, apdo. 31. En este asunto la policía francesa llevó a cabo controles de identidad en la vía pública. Uno de los individuos interrogados durante dichos controles declaró llamarse *Alexandre Achughbabian* y haber nacido en Armenia. No obstante, él desmintió haber realizado tal declaración. Un examen más detenido de la situación del Sr. *Achughbabian* reveló entonces que el interesado había entrado en Francia el 9 de abril de 2008 y había solicitado en ese país la concesión de un permiso de residencia; que esta petición fue denegada el 28 de noviembre de 2008, y que se dictó una orden, notificada al Sr. *Achughbabian*, obligándolo a abandonar el territorio francés en el plazo de un mes.

¹³⁷⁰ STJUE de 7 de junio de 2016, *Affum*, asunto C- 47/15, apdo. 60.

¹³⁷¹ En el asunto *Affum*, la demandante, de nacionalidad ghanesa, fue sometida a un control por parte de los agentes de la policía francesa en Coquelles (Francia), punto de entrada al túnel bajo el Canal de la Mancha, cuando se encontraba a bordo de un autobús procedente de Gante (Bélgica) y con destino a Londres (Reino Unido). Tras haber presentado un pasaporte belga con la fotografía y el nombre de una tercera persona, y al encontrarse desprovista de otros documentos de identidad o de viaje a su nombre, se efectuó su detención preventiva por entrada irregular en el territorio francés. El órgano al que correspondió pronunciarse sobre la situación administrativa de la Sra. *Affum* a los efectos de su expulsión, en su caso, del territorio francés, decidió devolver a la Sra. *Affum* a las autoridades belgas, con vistas a su readmisión, al amparo del Convenio entre el Gobierno de la República Francesa, de una parte, y los Gobiernos del Reino de Bélgica, del Gran Ducado de Luxemburgo y del Reino de los Países Bajos, de otra, relativo al tratamiento de las personas en las fronteras comunes entre Francia y el territorio de los Estados del Benelux, firmado en París, el 16 de abril de 1964. Para ello se ordena el internamiento de la Sra. *Affum* durante un plazo de cinco días. Si bien, posteriormente, se solicita la prórroga de esta medida de internamiento, en espera de la respuesta de las autoridades belgas a su solicitud de readmisión. La Sra. *Affum* se opuso a dicha prórroga puesto que consideró que la detención preventiva de que había sido objeto no se ajustaba a Derecho, y que tal irregularidad había viciado, según el Derecho nacional, la totalidad del procedimiento, y llevaba aparejada la denegación de la prórroga del internamiento y la puesta en libertad de la persona afectada. Sin embargo, el órgano competente resolvió que la medida de detención preventiva adoptada contra la Sra. *Affum* era conforme a Derecho y que, por tanto, su internamiento administrativo traía causa de un procedimiento regular; STJUE de 7 de junio de 2016, *Affum*, asunto C- 47/15, apdo. 50. La Comisión Europea está de acuerdo con el TJUE, en ese sentido, al mantener que art. 6 de la Directiva 2008/115/CE debe ser interpretado en el sentido de que una decisión de retorno, en determinadas circunstancias, puede ser aplicada

el territorio de ese EM o una intención de permanecer en él¹³⁷². En principio, son los EM quienes, conforme a su derecho nacional, deben determinar cuáles son esas condiciones y, por lo tanto, si la estancia de una persona en su territorio es o no regular¹³⁷³.

Una vez comprobada la irregularidad de la situación, las autoridades nacionales deben adoptar una decisión de retorno, con arreglo al procedimiento establecido en la Directiva 2008/115CE¹³⁷⁴. El art. 6.6 de esta norma permite a los EM “adoptar una decisión sobre la finalización de la situación regular, unida a una decisión de retorno y/o de expulsión y/o a una prohibición de entrada, en una única decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial”. Por tanto, la decisión de retorno declara ilegal la situación irregular inicial de la persona objeto de la medida y le impone la obligación de salir del territorio del Estado¹³⁷⁵. Esto es, la definición de “decisión de retorno” que da la citada norma asocia la declaración de la situación irregular con la obligación de retorno¹³⁷⁶. Los EM deben asegurar que el fin de la situación irregular de los extranjeros en situación administrativa irregular se lleve a cabo mediante un procedimiento justo y transparente¹³⁷⁷. Para ello y, conforme a los principios generales del DUE, las decisiones que se adopten en el marco de esta norma deben tomarse de manera individualizada y fundándose en criterios objetivos. Lo que implica que no solo se debe tener en cuenta el mero hecho de la situación irregular del extranjero¹³⁷⁸.

si el extranjero en cuestión se encuentra abandonando el EM, esto es, cuando se dispone a atravesar una frontera exterior de la UE para abandonarla. Esta detención para la posterior expulsión permite la expedición de decisiones de retorno en aeropuertos y otros pasos fronterizos. Esta práctica exige un examen del caso por caso y una aplicación del principio de proporcionalidad. Con todo, la decisión de retorno tiene que respetar las garantías procesales debidas; Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión de 16 de noviembre de 2017 por la que se establece un «Manual de Retorno» común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno. Bruselas, 16 de noviembre de 2017 (*DOUE* L 339/83, de 19 de diciembre de 2017), p. 102.

¹³⁷² STJUE de 7 de junio de 2016, *Affum*, asunto C- 47/15, apdo. 48.

¹³⁷³ Como mantiene la AG Eleanor Sharpston en el asunto *Ouhrami*: “la interacción de la Directiva sobre el retorno con el acervo de Schengen, así como la estructura de dicha Directiva realzan la dimensión europea de las decisiones de retorno y las prohibiciones de entrada adoptadas a fin de garantizar una política de retorno efectiva”; Conclusiones de la AG Eleanor Sharpston presentadas el 18 de mayo de 2017, *Ouhrami*, asunto C-225/16, punto 36.

¹³⁷⁴ STJUE de 5 de noviembre de 2014, *Mukarubega*, asunto C-166/13, apdo. 57; STJUE de 6 de diciembre de 2011, *Achughbajian*, asunto C-329/11, apdo. 31; STJUE de 28 de abril de 2011, *El Dridi*, C-61/11 PPU, apdo. 35.

¹³⁷⁵ STJUE de 26 de julio de 2017, *Ouhrami*, asunto C-225/16, apdo. 48.

¹³⁷⁶ Esta definición se encuentra recogida en el art. 3.4. de la Directiva Retorno, en la que se define la decisión de retorno como “una decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial por el que se declare irregular la situación de un nacional de un tercer país y se imponga o declare una obligación de retorno”. Sobre la correlatividad de la situación irregular con la decisión de retorno en la jurisprudencia del TJUE véase; STJUE de 5 de noviembre de 2014, *Mukarubega*, asunto C-166/13, apdo. 58.

¹³⁷⁷ STJUE de 5 de noviembre de 2014, *Mukarubega*, asunto C-166/13, apdo. 59; STJUE de 5 de junio de 2014, *Mahdi*, asunto C-146/14 PPU, apdo. 40.

¹³⁷⁸ STJUE de 11 de junio de 2015, *Z. Zh. y O.*, asunto C-554/13, apdo. 50; STJUE de 5 de junio de 2014, *Mahdi*, asunto C-146/14 PPU, apdo. 40.

Con carácter general, los EM se encuentran obligados a aplicar la Directiva Retorno en todos los procedimientos de expulsión de extranjeros que se encuentren en situación irregular; si bien la citada norma contiene una serie de supuestos que permiten a los EM aplicar discrecionalmente dicha Directiva Retorno. Uno de estos supuestos hace referencia a los nacionales de terceros Estados:

“a los que se deniegue la entrada con arreglo al artículo 13 de Código de fronteras Schengen, o que sean detenidos o interceptados por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores terrestres, marítimas o aéreas de un Estado miembro y no hayan obtenido ulteriormente una autorización o derecho de estancia en dicho Estado miembro”¹³⁷⁹.

Con esta disposición se permite que los EM continúen aplicando en sus fronteras exteriores procedimientos de retorno de Derecho interno simplificados, sin tener que completar todas las fases del procedimiento de expulsión establecidas en la Directiva Retorno. De este modo, pueden proceder a expulsar más rápidamente a los nacionales de terceros países interceptados cuando se disponen a cruzar las fronteras¹³⁸⁰. Asimismo, el art. 6.3 de la Directiva 2008/115/CE preceptúa que los EM pueden inhibirse de dictar una decisión de retorno contra un extranjero irregular que se encuentre en su territorio si existe un acuerdo o convenio bilateral vigente con otro EM distinto para que este último se haga cargo de dicho sujeto¹³⁸¹. En cualquier caso, la decisión de expulsión contra un extranjero es solo una de las medidas previstas para poner fin a la situación irregular de un extranjero, además de constituir la fase preparatoria de la expulsión. Por ello, debido a lo prolongado que puede resultar el procedimiento de expulsión, los Estados que se inhiban a la hora de dictar una decisión de retorno a favor de otro EM, deben tomar la decisión con diligencia y con la mayor celeridad posible¹³⁸².

¹³⁷⁹ Art. 2.2.a) de la Directiva 2008/115. Del tenor literal de este artículo se extrae una lectura relativa a la existencia de una relación directa entre el espacio y tiempo en el cruce de fronteras.

¹³⁸⁰ En ese contexto, el citado art. 4.4, pretende garantizar que esos procedimientos simplificados de Derecho interno respeten las garantías mínimas establecidas en la Directiva 2008/115; STJUE de 7 de junio de 2016, *Affum*, asunto C- 47/15, apdos. 72 a 74.

¹³⁸¹ El art. 6.3 de la Directiva Retorno exige que el Convenio bilateral o el acuerdo se encuentre vigente en la fecha de entrada en vigor de la Directiva. Esto es lo que la Comisión Europea denomina “traslado dominó”; Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión de 16 de noviembre de 2017 por la que se establece un «Manual de Retorno» común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno. Bruselas, 16 de noviembre de 2017 (*DOUE L* 339/83, de 19 de diciembre de 2017), p. 106.

¹³⁸² STJUE de 7 de junio de 2016, *Affum*, asunto C- 47/15, apdo. 87; STJUE de 6 de diciembre de 2011, *Achughbaban*, asunto C-329/11, apdo. 87.

Además, la decisión de retorno debe ir acompañada, necesariamente, de una prohibición de entrada (Capítulo V.6.10.) en el caso en el que no se conceda ningún plazo para la salida voluntaria o cuando la obligación de retorno no se haya cumplido¹³⁸³. En este sentido, el TJUE aclara que el objetivo perseguido por la prohibición de entrada es aumentar la eficacia de la política de la UE en materia de retorno. De este modo se garantiza que un extranjero en situación irregular tiene prohibida la entrada en territorio de la UE durante un cierto tiempo, durante el que no podrá entrar en la UE ni siquiera de forma legal¹³⁸⁴. Por tanto, la prohibición de entrada tiene una dimensión europea, con independencia de que sea adoptada por solo uno de los EM¹³⁸⁵. Asimismo, el tiempo de la prohibición de entrada no comienza cuando se emite la decisión de retorno acompañada de esta prohibición, sino en el momento en que el extranjero ha abandonado de manera efectiva el territorio de un EM¹³⁸⁶.

2.2. La suspensión del procedimiento de expulsión durante el examen de la solicitud de protección internacional

Según el art. 9.1 de la Directiva 2013/32/UE, los solicitantes de protección internacional tienen derecho a permanecer en el territorio del EM que está tramitando su solicitud durante el tiempo que dura el examen de la petición¹³⁸⁷. En este contexto, la Directiva 2008/115/CE no es aplicable a un extranjero que ha presentado una solicitud de protección internacional, “durante el período comprendido entre la presentación de la mencionada solicitud hasta la adopción de la resolución dictada en primera instancia que

¹³⁸³ En otros supuestos diferentes a estos, la decisión de retorno podrá ir o no acompañada de una prohibición de entrada; art. 11.1 de la Directiva Retorno.

¹³⁸⁴ STJUE de 26 de julio de 2017, *Ouhrami*, asunto C- 225/16, apdos. 51 y 52.

¹³⁸⁵ Ello se deriva, en primer lugar, de que la prohibición de entrada emitida, junto con una decisión de retorno, por un EM prohíbe la entrada al nacional del tercer Estado a cualquier de los territorios de los EM; en segundo lugar, cuando un EM deba de analizar la posibilidad de expedir un permiso de residencia a un extranjero con la finalidad de que pueda permanecer en su territorio nacional, deberá de cerciorarse antes de emitir dicho permiso que el extranjero en cuestión no tiene una prohibición de entrada. En este sentido, en la jurisprudencia del TJUE; STJUE de 1 de octubre de 2015, *Celaj*, asunto C-290/14, apdo. 24.

¹³⁸⁶ STJUE de 26 de julio de 2017, *Ouhrami*, asunto C- 225/16, pág. 53.

¹³⁸⁷ Aunque este derecho de permanencia es solo a los efectos del “procedimiento”, y no constituye en sí mismo un derecho de residencia, los EM solo pueden limitar este derecho a permanecer en situaciones tasadas y muy estrictas, a tenor de lo dispuesto en el art. 9.2 de la Directiva 2013/32/UE, a saber: “Los Estados miembros solo podrán hacer una excepción cuando una persona haga una solicitud posterior, tal como se describe en el artículo 41, o vayan a entregar o a extraditar a una persona bien a otro Estado miembro en virtud de obligaciones derivadas de una orden de detención europea u otro tipo de mandamiento, bien a un tercer país o ante órganos jurisdiccionales penales internacionales”. En el ordenamiento interno español, la suspensión de la orden de expulsión hasta la adopción de una decisión acerca de la solicitud de protección internacional, se encuentra recogida en el art. 19.1 de la Ley 12/2009.

se pronuncie sobre dicha solicitud o, en su caso, hasta que se resuelva sobre el recurso que se haya interpuesto contra la citada resolución”¹³⁸⁸.

El derecho del solicitante a permanecer en el territorio del EM durante el examen de la solicitud de protección internacional, no puede ser interpretado como un derecho a un permiso de residencia. No obstante, esta estancia tampoco puede ser considerada como una estancia irregular, sino más bien una suerte de consentimiento de estancia transitorio. Durante el tiempo de tramitación de sus solicitudes de protección internacional la situación jurídica de los extranjeros no se enmarca *rationae personae* en la Directiva Retorno¹³⁸⁹. Por tanto, la presentación de una solicitud de protección internacional por una persona que es objeto de expulsión deja sin efecto cualquier decisión de retorno que haya sido adoptado contra ella en el marco de la Directiva 2008/115/CE. Aun así, la presentación de una solicitud de protección internacional y su desarrollo no anula el procedimiento de retorno, únicamente lo suspende ya que este puede reanudarse si dicha solicitud es desestimada¹³⁹⁰.

Al suspender temporalmente la aplicación de la Directiva 2008/115/CE a los solicitantes de protección internacional, el marco jurídico aplicable a estas situaciones es el relativo al derecho de asilo¹³⁹¹. Por tanto, desde el momento en el que un extranjero presenta una solicitud de protección internacional el régimen relativo al SECA (Capítulo I) prevalece sobre el régimen de expulsión de extranjeros¹³⁹².

¹³⁸⁸ STJUE de 30 de mayo de 2013, *Arslan*, asunto C-534/11, apdo. 49. Con ello se pone de manifiesto la importancia de que todo nacional de un tercer Estado reciba información sobre su derecho a solicitar asilo; LANCHA MUÑOZ, M., “La Directiva de retorno a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *RDME*, n. 35, 2014, 211-228, p. 223.

¹³⁸⁹ En concreto, el noveno considerando de la Directiva 2008/115/CE establece que: “Con arreglo a la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, no se debe considerar que el nacional de un tercer país que haya solicitado asilo en un Estado miembro se halla en situación irregular en el territorio de dicho Estado miembro hasta que entre en vigor una decisión desestimatoria de la solicitud o que ponga fin a su derecho de estancia como solicitante de asilo”. En la jurisprudencia, STJUE de 30 de mayo de 2013, *Arslan*, asunto C-534/11, apdo. 64.

¹³⁹⁰ STJUE de 30 de mayo de 2013, *Arslan*, asunto C-534/11, apdo. 60.

¹³⁹¹ Los derechos y obligaciones de los solicitantes de asilo son regulados por los regímenes de asilo de carácter internacional y europeo aplicables. Concretamente, la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de refugiados, y en el DUE la Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. En este sentido, véanse las Conclusiones del AG Ján Mazák, presentadas el 10 de noviembre de 2009, *Kadzoev*, asunto C-357/09 PPU, punto 84.

¹³⁹² Cuestión diversa es que se entiende por “cruce irregular” en los casos de entrada el territorio de un EM de solicitantes de protección internacional. En estos supuestos, se entiende que un nacional de un tercer Estado, solicitante de protección internacional, ha cruzado de forma irregular la frontera de un primer Estado cuando el sujeto no cumple con las condiciones de entrada exigidas conforma a la normativa de este Estado. Esta afirmación se sustenta en la jurisprudencia del TJUE, quien establece que, al no existir ni en el Código de fronteras Schengen ni en la Directiva Retorno una definición de “cruce irregular”, la determinación de su significado y alcance debe realizarse conforme al sentido habitual de los términos empleados, ateniendo al contexto en el que se utilizan y los objetivos perseguidos por la normativa de la

No obstante, con la finalidad de preservar el efecto útil de la Directiva 2008/115/CE, el TJUE señala que:

“el efecto útil de la Directiva 2008/115 exige que un procedimiento iniciado con arreglo a la citada Directiva, en cuyo marco se ha adoptado una decisión de retorno, en su caso acompañada de una prohibición de entrada, pueda reanudarse en la fase en que fue interrumpido por la presentación de una solicitud de protección internacional una vez dicha solicitud ha sido desestimada en primera instancia”.

Con ello se evita, en cierta medida, no entorpecer la consecución del objetivo perseguido por la Directiva Retorno, consistente en instaurar una política eficaz de expulsión de los nacionales de terceros Estados en situación irregular¹³⁹³. Esta exigencia no se ve satisfecha si la expulsión se ve retrasada porque, tras desestimar en primera instancia una solicitud de protección internacional, un procedimiento de retorno deba reanudarse desde su inicio, y no desde la fase en la que se interrumpe con motivo de la solicitud de protección internacional¹³⁹⁴.

2.3. Los límites en la jurisprudencia del TJUE al ejercicio de la competencia penal de los Estados miembros en materia de infracción de la normativa de extranjería con arreglo a la Directiva 2008/115/CE

Como se ha señalado en el epígrafe anterior, la Directiva 2008/115/CE contiene normas mínimas relativas al retorno de extranjeros que se encuentran en situación irregular en un EM. Por tanto, no tiene como objetivo armonizar totalmente la normativa interna de los EM en materia de inmigración irregular. Por ello, la Directiva Retorno no

que forman parte; STJUE de 26 de julio de 2017, *Jafari*, asunto C-646/16, apdo. 73; STJUE de 6 de junio de 2013, *M.A. y otros*, asunto C-648/11, apdo. 50; STJCE de 29 de enero de 2009, *Petrosian*, asunto C-19/08, apdo. 34. La aplicación de estos criterios subsiste con independencia de que la entrada se realice a efectos de tránsito, esto es, para presentar en otro EM diferente al de la entrada una solicitud de asilo; así como al margen de que el cruce de la frontera se haya permitido o autorizado con infracción de la normativa aplicable, o que dicha autorización haya sido por motivos humanitarios inaplicando, de forma excepcional, las condiciones de entrada impuestas, en principio, a los extranjeros; STJUE de 26 de julio de 2017, *Jafari*, asunto C-646/16, apdos. 73 a 92. Asimismo, deja claro que el hecho de que el cruce de frontera se haya producido en una situación que se caracteriza por la llegada de un número excepcionalmente alto de extranjeros deseosos de obtener una protección internacional no puede afectar a la interpretación o a la aplicación de dicha disposición. En este sentido, STJUE de 26 de julio de 2017, *A.S.*, asunto C-490/16, apdo. 42.

¹³⁹³ STJUE de 28 de abril de 2011, *El Dridi*, C-61/11 PPU, apdo. 59. Sobre como el efecto útil de una norma en la determinación de los derechos fundamentales, véase, DE BRUYCKER, P. y MANANASHVILI, S., “Audi alteram partem in immigration detention procedures, between the ECJ, the ECtHR and Member States: G & R”, *Common market law review*, vol. 52, n. 2, 2015, 569-590, p. 586.

¹³⁹⁴ STJUE de 15 de febrero de 2016, *N.*, asunto C-601/15 PPU, apdo. 76; STJUE de 6 de diciembre de 2011, *Achughbajian*, asunto C-329/11, apdos. 43 y 45.

se opone a que el derecho estatal de un EM califique de delito la estancia irregular y establezca sanciones penales para desincentivar y reprimir la comisión de tal infracción de las normas nacionales en materia de residencia¹³⁹⁵. Además, el término “decisión de retorno” es un concepto flexible. Más en particular, es compatible con la Directiva Retorno la adopción de una decisión de retorno mediante una resolución judicial de carácter penal en aquellos supuestos en los que la legislación nacional lo permita¹³⁹⁶. No obstante, la aplicación de las normas penales debe estar condicionada al respeto de los derechos fundamentales, particularmente de aquellos garantizados por el CEDH¹³⁹⁷.

En este sentido, los nacionales de terceros Estados que, además de infringir la normativa estatal en materia de extranjería por estancia irregular en el EM, hayan cometido otros delitos, pueden quedar excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva¹³⁹⁸. Con excepción de los extranjeros cuya única infracción sea la estancia

¹³⁹⁵ STJUE de 6 de diciembre de 2011, *Achughbabian*, asunto C-329/11, apdo. 28. Algún autor señala que, de este modo, la jurisprudencia del TEDH ayuda, de algún modo, a la descriminalización del fenómeno de la inmigración irregular desaplicando disposiciones internas que fijan penas privativas de libertad cuando estas no obedecen a un procedimiento de retorno; SPITALERI, F., “Il rimpatrio dell’immigrato in condizione di soggiorno irregolare: il difficile equilibrio tra efficienza delle procedure e garanzie in favore dello straniero nella disciplina dell’Unione europea”, en AMADERO, S. y SPITALERI, F. (Eds.), *Le garanzie fondamentali dell’immigrato in Europa*, Turín, 2015, 291-321, p. 307.

¹³⁹⁶ STJUE de 6 de diciembre de 2012, *Sagor*, asunto C-430/11, apdo. 39.

¹³⁹⁷ STJUE de 6 de diciembre de 2011, *Achughbabian*, asunto C-329/11, apdos. 48 y 49. Esta obligación constituye “una frontera infranqueable en la ejecución práctica de las normas penales de derecho interno”; MARTÍN ARRIBAS, J.J., “Reflexiones sobre los derechos de los inmigrantes en situación irregular según el Derecho de la Unión Europea”, *RDME*, n. 32, 2013, 11-53, p. 45. Según el Ponente de la CDI, en algunos EM como Alemania, Bélgica, Dinamarca, Italia, Portugal y Reino Unido existen ciertos tipos de condenas penales que pueden ser motivo para la adopción de una decisión de expulsión. El fundamento de alguna de ellas es la condena a una pena privativa de libertad, la duración de la misma, así como la condena por un determinado delito. Incluso en el caso alemán y belga, los antecedentes judiciales de un extranjero pueden derivar en una sanción de expulsión sobre la base de la amenaza del orden público estatal; CDI, “Sexto informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/625, 19 de marzo de 2010, p. 57. En este estudio realizado por el Ponente Kamto deja entrever que la práctica de los Estados a este respecto se ha visto influida por los DDHH del extranjero lo que implica que, en muchos casos, la sanción de expulsión por pena de prisión se limita a las condenas por motivos de cierta gravedad. Con todo, el umbral de gravedad es algo que varía de un Estado a otro.

¹³⁹⁸ STJUE de 6 de diciembre de 2011, *Achughbabian*, asunto C-329/11, apdo. 41; STJUE de 28 de abril de 2011, *El Dridi*, asunto C- 61/11 PPU, apdo. 49. Sobre la misma, véase en la doctrina, DI PASCALE, A. y NASCIMBENE, B., “La sentencia del Tribunal de Justicia *El Dridi* y la inmigración irregular: problemas y perspectivas del Derecho de la Unión Europea y el Derecho italiano”, *REDE*, n. 42, 2012, 107-128; MURPHY, C., “Politique étrangère et de sécurité commune (arrêt «El Dridi»)”, *Revue du Droit de l’Union Européenne*, n. 3, 2011, 467-471; GALLO, D., “CJUE, 28 avril 2011, *El Dridi*, alias Soufi Karim, aff. C-61/11 PPU. La voie italienne à la criminalisation des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière partiellement remise en cause”, *Revue des Affaires Europeennes*, n. 2, 2011, 433-442; PASQUALI, L., “¿La pena de prisión para inmigrantes irregulares perjudica la política de retorno de la Unión?”, *RDCE*, n. 39, 2011, 541-558. Las normas internas de algunos Estados no establecen de forma expresa el tipo de violación o procedimiento que puede llevar a una expulsión por el incumplimiento de las leyes penales. En cambio, las leyes de otros Estados, sí que prevén la expulsión para determinadas conductas. Véase a este respecto CDI, “Sexto informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/625, 19 de marzo de 2010, p. 51. Como se observa del análisis del Ponente Kamto sobre el tema, en los casos en los que la legislación interna permite la expulsión del extranjero, una vez cumplida la condena, pueden darse circunstancias en las que se establezca un límite en lo concerniente a la gravedad

irregular¹³⁹⁹. Pero sí se aplica a un extranjero que es expulsado por una infracción de la normativa interna en la que se prevea que, de ser cometida por un extranjero, se sancionará penalmente con la expulsión¹⁴⁰⁰.

La Directiva Retorno no se opone a que los EM impongan sanciones penales a los extranjeros a los que se les aplique el procedimiento de retorno y se encuentren en situación irregular. De este modo, los EM pueden establecer qué tipos de infracciones sobre la normativa estatal en materia de extranjería merecen una sanción penal, lo que supone una deferencia con su soberanía estatal. Sin embargo, la normativa nacional en materia penal no puede poner en peligro la aplicación de la Directiva Retorno. Por lo que las medidas complementarias a las previstas en esta norma adoptadas por los EM por infracción del derecho nacional de extranjería, no pueden desvirtuar la efectiva aplicación de la Directiva 2008/115/CE¹⁴⁰¹.

El TJUE ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la compatibilidad de las medidas penales adoptadas por los EM con ocasión de la infracción por parte de un extranjero de la normativa estatal de extranjería de conformidad con la Directiva 2008/115/CE. Los criterios generales aplicados por el TJUE al ejercicio de la competencia penal por los EM, a la hora de sancionar la inmigración irregular, se configuran como límites a la imposición de tales sanciones penales.

En primer lugar, es conforme con la Directiva Retorno una medida de internamiento cuya finalidad es determinar la regularidad o irregularidad de la situación de un nacional de un tercer país¹⁴⁰². Asimismo, no contradice esta Directiva que la legislación de los EM permita internar a un extranjero sobre el que pesa un procedimiento de retorno y se encuentra en situación irregular, sin que exista un motivo justificado que impida su no

de la sanción, en estos casos: “la expulsión podrá: 1) imponerse como sanción independiente o combinada; 2) anular o sustituir una pena de privación de libertad o de otro tipo, o coincidir con la misma; 3) ordenarse después de que el extranjero haya cumplido una pena de privación de libertad o de otro tipo, o haya sido libertado después de haber cumplido cualquier otra forma de detención que tenga que ver de hecho o en potencia con el proceso penal; o 4) imponerse porque el extranjero fue condenado a una pena que no incluye la expulsión, o cuando la condena no fue seguida de expulsión por otro motivo”.

¹³⁹⁹ STJUE de 6 de diciembre de 2011, *Achughbaban*, asunto C-329/11, apdo. 41. Por tanto, aunque el derecho nacional tenga tipificado como delito la estancia irregular, y que esta conlleve una pena de prisión, la misma no podrá ejecutarse hasta que no se frustre el procedimiento de expulsión; CEBADA ROMERO, A., “Los límites a la competencia penal de los Estados en relación con la inmigración irregular. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 6 de diciembre de 2011, en el asunto Alexandre *Achughbaban*”, *RGDE*, n. 28, 2012, 1-16, p. 15.

¹⁴⁰⁰ STJUE de 19 de septiembre de 2013, *Filev y Osmani*, asunto C-297/12, apdo. 51.

¹⁴⁰¹ Como mantiene el TJUE “si bien es cierto que, en principio, la legislación penal y las normas de procedimiento penal son de competencia de los Estados miembros, de ello no puede deducirse que el Derecho de la Unión no pueda afectar a dicha rama del Derecho”; STJUE de 28 de abril de 2011, *El Dridi*, asunto C- 61/11 PPU, apdo. 53.

¹⁴⁰² STJUE de 6 de diciembre de 2011, *Achughbaban*, asunto C-329/11, apdos. 20 a 31.

retorno¹⁴⁰³. Esta posibilidad está permitida siempre y cuando tal internamiento no atrase la expulsión y ya se haya adoptado una decisión de retorno sobre el extranjero. En estas circunstancias, conforme lo examinado en el Capítulo VI., el internamiento se enmarca dentro de las medidas tendentes a asegurar la efectiva expulsión (Capítulo VI. 5.2.2.)¹⁴⁰⁴.

En segundo lugar, que una acción penal lleve consigo una sanción pecuniaria, no es obstáculo para que el procedimiento de expulsión se lleve a cabo en cumplimiento de la Directiva 2008/115/CE¹⁴⁰⁵. Como se analiza en el epígrafe 2.3.1., una sanción económica a la estancia irregular es admisible de conformidad con la Directiva sobre el Retorno en tanto en cuanto la sanción acompañe a la decisión de expulsión, pero no la sustituya.

En tercer lugar, que la expulsión lleve consigo una obligación de retorno cuya ejecución es inmediata, esto es, que no exija una orden o decisión de expulsión separada de la decisión por el que se ejecuta el retorno, no contradice lo establecido en la Directiva 2008/115/CE¹⁴⁰⁶.

¹⁴⁰³ STJUE de 26 de julio de 2017, *Ouhrami*, asunto C- 225/16, apdo. 56; STJUE de 7 de junio de 2016, *Affum*, asunto C- 47/15, apdos. 52 y 54; STJUE de 6 de diciembre de 2011, *Achughbaban*, asunto C 329/11, apdo. 50. La Comisión Europea enumera los motivos que cabe considerar justificados para el no retorno. Por un lado, se encuentran los motivos que quedan dentro del ámbito de influencia de la persona retornada pero que se encuentran justificados por el DI y/o el DUE, como pueden ser: problemas de salud, motivos familiares que conllevan un aplazamiento del retorno, un recurso pendiente con efecto suspensivo, la decisión de cooperar con las autoridades en calidad de testigo, etc. Por otro lado, de entre los motivos que quedan fuera del ámbito de influencia de la persona retornada la Comisión destaca: las demoras en la obtención necesaria por parte de los terceros Estados debido a una mala cooperación entre las autoridades de los dos Estados; un cuadro general de inseguridad en el Estado de destino que impida un retorno seguro; o el aplazamiento de la decisión de retorno hasta que se resuelva la solicitud de protección internacional del solicitante, entre otros. Por su parte, la Comisión Europea considera como motivos no justificados para el no retorno, esto es, no reconocidos como justificados por el Derecho nacional o el DUE, situaciones que quedan dentro del ámbito de influencia de la persona retorno como puede ser la falta de cooperación en la obtención de documentos de viaje; la falta de cooperación en la propia identificación; la destrucción de documentación; la fuga; cualquier acción que pueda ser considerada como un obstáculo al retorno; Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión de 16 de noviembre de 2017 por la que se establece un «Manual de Retorno» común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno. Bruselas, 16 de noviembre de 2017 (*DOUE* L 339/83, de 19 de diciembre de 2017), p. 99.

¹⁴⁰⁴ STJUE de 6 de diciembre de 2011, *Achughbaban*, asunto C-329/11, apdo. 50.

¹⁴⁰⁵ STJUE de 6 de diciembre de 2012, *Sagor*, asunto C-430/11, apdo. 36.

¹⁴⁰⁶ En este sentido, el art. 8.3 de la Directiva 2008/115, señala que: “los Estados miembros podrán adoptar por separado una decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial por el que se ordene la expulsión”. En la jurisprudencia véase, STJUE de 26 de julio de 2017, *Ouhrami*, asunto C-225/16; STJUE de 6 de diciembre de 2012, *Sagor*, asunto C-430/11. La Comisión Europea mantiene que, una expulsión inmediata en virtud del Derecho penal nacional, solo puede darse en la medida en que la sentencia que ordena la expulsión cumpla con las garantías relativas a esta Directiva. Especialmente en lo que respecta a la decisión de retorno, las garantías jurídicas y la consideración previa de la posibilidad de salida voluntaria; Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión de 16 de noviembre de 2017 por la que se establece un «Manual de Retorno» común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno. Bruselas, 16 de noviembre de 2017 (*DOUE* L 339/83, de 19 de diciembre de 2017), p. 99.

En cuarto lugar, una pena de arresto domiciliario impuesta durante el procedimiento de expulsión llevada a cabo conforme a la Directiva 2008/115/CE, *a priori*, constituye una medida que no contribuye a la finalidad de esta norma: la rápida salida del territorio del EM de un extranjero en situación irregular. Este arresto puede obstaculizar y/o ralentizar las medidas tendentes a la expulsión del extranjero. No obstante, este arresto sí es compatible con la referida Directiva si la normativa nacional establece que la ejecución de la pena de arresto domiciliario impuesta debe finalizar tan pronto como sea posible con el fin de llevar a cabo la expulsión¹⁴⁰⁷. Por tanto, la admisibilidad del arresto queda condicionada a que la norma nacional haga prevalecer la expulsión sobre la ejecución de la pena de arresto domiciliario, siendo el fundamento de esta última medida garantizar la efectiva expulsión.

En definitiva, aunque el DUE no modifica directamente el derecho penal de los EM, en alguna medida sí que interfiere en los ordenamientos penales de los EM, debido a las sinergias que se pueden desarrollar entre el derecho penal y la expulsión de extranjeros¹⁴⁰⁸. En este sentido, cualquier norma o medida nacional de un EM en materia penal que pueda obstaculizar la finalidad de la Directiva Retorno, consistente en proceder a las expulsiones de extranjeros irregulares a la mayor brevedad, no es compatible con el DUE.

2.3.1. La compatibilidad de la sanción pecuniaria por estancia irregular con el procedimiento de expulsión previsto en la normativa europea: un caso test, el asunto *Zaizoune*

Un ejemplo que evidencia hasta qué punto la jurisprudencia del TJUE puede limitar la competencia de los Estados a la hora de sancionar penalmente la estancia irregular de los extranjeros que se encuentran en su territorio, lo representa el asunto *Zaizoune*. Si bien, para poder valorar la respuesta del tribunal de Luxemburgo a esta cuestión

¹⁴⁰⁷ STJUE de 28 de abril de 2011, *El Dridi*, C-61/11 PPU, apdo. 58.

¹⁴⁰⁸ MARZADURI, L. y CORDI, L., “Il ruolo della sanzione penale e delle misure restrittive della libertà personale nella prospettiva del rispetto dei provvedimenti di espulsione”, en CALAMIA, A.M., DI FILIPPO, M. y GESTRI M. (Eds.), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, CEDAM, Padova, 2012, 471-490, p. 475. Ello deriva de uno de los principios fundamentales del DUE: el principio de cooperación leal, el cual rige las relaciones entre los EM y la Unión y cuya formulación aparece recogida en el art. 4.3 del TUE. De este precepto se deriva una acción positiva y una negativa: por un lado, el deber de colaborar en el cumplimiento del DUE, adoptando para ello medidas particulares; por otro, la abstención en el ejercicio de determinadas competencias que puedan perjudicar los intereses de la UE, aun cuando se trate de ámbitos cuya competencia exclusiva le corresponden a los EM; Véase, MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2016, pp. 58 a 60.

prejudicial, se hace necesario repasar brevemente los rasgos esenciales del sistema español por el que se castiga la estancia irregular.

En concreto, en la LODYLE la estancia irregular es una infracción grave que conlleva una sanción de multa¹⁴⁰⁹. Por tanto, *a priori*, la estancia irregular en territorio español lleva consigo una sanción eminentemente administrativa. No obstante, el art. 57.1 de esta norma establece que:

“Cuando los infractores sean extranjeros y realicen las conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción”.

Asimismo, esta misma disposición preceptúa, en su apartado tercero que “en ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa”. Por tanto, la LODYLE contempla dos tipos de sanciones diferentes para un mismo supuesto de hecho, la estancia irregular. Estas son: la multa o la expulsión¹⁴¹⁰. Para determinar cuál de las dos medidas debe imponerse, el criterio que debe aplicarse es el principio de proporcionalidad. Según el TS, ante la mera estancia irregular y sin la concurrencia de otros “datos negativos” o agravantes¹⁴¹¹, la Administración no puede optar de forma

¹⁴⁰⁹ A los efectos de la LODYLE, se encuentra en situación irregular en España un nacional de un tercer Estado, “por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente”; art. 57.1a) de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social modificada por las LO 8/2000, 14/2003 y 2/2009 (BOE n. 10, de 12 de enero de 2000). Véanse al respecto los arts. 53.1.a), 55.1.a) de la LODYLE

¹⁴¹⁰ El TC confirma esta dualidad, validándola constitucionalmente, al sostener que: “tanto en el supuesto del apartado 1 como en el del apartado 2 [en referencia al art. 57 de la LODYLE] cabe la imposición de cualquiera de las dos sanciones, dejando la propia ley, por tanto, margen a la ponderación administrativa, sin que la expulsión opere *ope legis*”; STC 186/2013, de 4 de noviembre (BOE n. 290, de 4 de diciembre de 2013), F.J. 4º. A este respecto, véase también; STC 169/2012, de 1 de octubre (BOE n. 263, de 1 de noviembre de 2012); STC 145/2011, de 26 de septiembre (BOE n. 258, de 26 de octubre de 2011), F.J. 4º; STC 140/2009, de 15 de junio (BOE n. 172 de 17 de julio de 2009) F.J. 3º; STC 212/2009, de 26 de noviembre (BOE n. 313, de 29 de diciembre de 2009), F.J. 4º.

¹⁴¹¹ El TS fue determinando, caso por caso, que circunstancias “negativas” justifican la decisión de retorno directo, en lugar de la sanción pecuniaria: el incumplimiento de una orden anterior de salida obligatoria del territorio español sin tratar de regularizar la situación en España (STS 1235/2007 [Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª], recurso n. 10355/2003, de 22 de febrero de 2007); la existencia de una previa prohibición de entrada (STS 6676/2007 [Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª], recurso n. 2244/2004, de 4 de octubre de 2007); el hecho de haber sido detenido con la participación en un delito, lo que dio lugar a diligencias penales, lo que lleva a una valorar la situación a la luz del estado de las actuaciones penales que constan en el expediente (STS 8219/2006 [Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª], recurso n. 6382/2003, de 19 de diciembre de 2006); la alegación de una nacionalidad falsa

discrecional entre una u otra sanción sin la debida justificación y motivación. Por tanto, al ser la expulsión la sanción más grave por su evidente carácter pernicioso, la adopción de esta medida precisa que a la estancia irregular se le sumen otros datos negativos. Así como una motivación complementaria, que justifique su adopción en lugar de la multa, a la que la LODYLE sitúa como la sanción principal ante este tipo de delito¹⁴¹².

Según el TJUE, el sistema anteriormente descrito no es acorde a la Directiva 2008/115/CE¹⁴¹³. En *Zaizoune*¹⁴¹⁴, considera que es contrario a esta norma que la infracción por estancia irregular pueda ser sancionada, en función de la casuística, con una multa o una expulsión:

“La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en particular sus artículos 6, apartado 1, y 8 apartado 1, en relación con su artículo 4, apartados 2 y 3, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que, en caso de

(STS 7390/2007 [Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª], recurso n. 2448/2004, de 8 de noviembre de 2007); no acreditar identificación y filiación por encontrarse indocumentado (STS 6962/2007 [Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª], recurso n. 1624/2004, de 23 de octubre de 2007); la ausencia de domicilio y arraigo familiar, además del hecho de hallarse indocumentado (STS 7390/2007 [Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª], recurso n. 2448/2004, de 8 de noviembre de 2007).

¹⁴¹² En palabras del TS, “tratándose en que la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanencia ilegal, sin otros hechos negativos, es claro que la Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión, ya que la permanencia ilegal, en principio, como veíamos, se sanciona con multa”; STS 6172/2008 [Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª], recurso n. 9581/2003, de 28 de noviembre de 2008, F.J. 5º. En este sentido, STS 7749/2005 [Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª], recurso n. 5824/2002, de 9 de diciembre de 2005, F.J., 4º. A este respecto véase, TOLOSA TRIBIÑO, C., “Exigencia de motivación en materia de expulsión como medida alternativa a la sanción pecuniaria. La Sentencia del Tribunal Supremo 22 de diciembre de 2005”, *RDME*, n. 11, 2006, 165-172, pp. 171 y 172. La falta de motivación de la decisión de expulsión es considerada por el TC como una vulneración del art. 24.1 de la CE sobre la tutela judicial efectiva estableciendo que no basta con constatar la mera existencia de la conducta infractora, sino que tiene que existir una fundamentación que permita dilucidar por qué la Administración aboga, en ese caso concreto, por la expulsión en lugar de por la sanción de multa, STC 140/2009, de 15 de junio de 2009 (*BOE* n. 172, de 17 de julio de 2009) F.J. 5º.

¹⁴¹³ El supuesto va referido a un ciudadano marroquí detenido en Irún en situación irregular y con antecedentes penales en España y contra el que la subdelegación del Gobierno de Guipúzcoa emitió una resolución de expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada durante cinco años. El afectado recurrió y el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 2 de San Sebastián anuló la expulsión por considerarla desproporcionada y le impuso una multa. El TSJ del País Vasco preguntó entonces al TJUE sobre la compatibilidad con la Directiva Retorno de la LO 4/2000 que regula el régimen de extranjería en España, así como la jurisprudencia nacional que la interpreta.

¹⁴¹⁴ Véase un comentario de esta sentencia en DE COMINGES CÁCERES, F., “Los efectos de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015 (*Zaizoune*) en el régimen administrativo sancionador de las situaciones de residencia irregular”, *RDME*, n. 43, 2016, 45-82, en especial las pp. 72 y 73; GONZÁLEZ SAQUERO, P., “La regulación de la expulsión administrativa por estancia irregular en España, incompatible con la Directiva «Retorno» (Sentencia del Tribunal de Justicia, asunto C-38/14, *Zaizoune*)”, *REDE*, n. 55, julio-septiembre de 2015, 133-158

situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí”¹⁴¹⁵.

Cabe cuestionar este pronunciamiento por la “aparente” contradicción que esta nueva interpretación provoca con la propia jurisprudencia anterior el TJUE. En dos asuntos anteriores había establecido que el DUE no obliga a los EM a adoptar una decisión de expulsión contra los extranjeros que se encuentren en situación irregular en su territorio, admitiendo la compatibilidad de la sanción pecuniaria por estancia irregular siempre que esta pueda ser sustituida por la expulsión¹⁴¹⁶.

Si bien, se debe tener en cuenta el deficiente planteamiento que subyace en la cuestión prejudicial elevada ante el TJUE en *Zaizoune*. Según la normativa española anteriormente descrita es posible la alternativa, no acumulativa, expulsión/multa ante la mera estancia irregular. La adopción de la sanción pecuniaria se lleva a cabo ante la ausencia de otros datos negativos –al margen de la irregularidad administrativa–, que justifiquen la proporcionalidad de la sanción de expulsión. Sin embargo, la imposición de la multa no exime al extranjero de ser expulsado a un tercer Estado¹⁴¹⁷.

¹⁴¹⁵ STJUE de 23 de abril de 2015, *Zaizoune*, asunto C-38/14.

¹⁴¹⁶ STJCE de 22 de octubre 2009, *Zurita García y Choque Cabrera*, asuntos acumulados C-261/08 y C-348/08 y STJUE de 6 de diciembre de 2012, *Sagor*, asunto C-430/11. Si bien, en el primer caso no se analiza la Directiva Retorno, el art. 21 de la misma dispone que la Directiva sustituye las disposiciones de los arts. 23 y 24 del Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen, entendiéndose que dicha sustitución no supone un cambio trascendente en la orientación de las instituciones europeas a este respecto. En este asunto, el TJUE mantiene expresamente que: “en la práctica, cuando un nacional de un tercer país carece de título para entrar o permanecer en España y su comportamiento no es constitutivo de circunstancias agravantes, la sanción impuesta debe limitarse a una multa, a falta de otro elemento que justifique la sustitución de la multa por la expulsión”; STJCE de 22 de octubre 2009, *Zurita García y Cabrera*, asuntos acumulados C-261/08 y C-348/08, apdo. 23. Para un análisis comparativo de estas dos sentencias con la emitida en el asunto *Zaizoune*, véase RODRÍGUEZ CANDELA, J.L., “Multa vs. Expulsión en el derecho de extranjería español frente a la estancia irregular, antes y después de la directiva retorno”, *Editorial Jurídica Sepín*, septiembre de 2015. Disponible en:

http://www.sepin.es/extranjeria/VerDoc.asp?referencia=SP%2FDOCT%2F19539&cod=0JP1yG1S_0Ha17U1DT0Fa1eq0XP0Fk1v10H60Fa1dB0H50Ha1%3DK0VI0Fa17P0GA0G_1AS1yy0FF1Mu1Cr0GAIGk00s0E_1De1Cj09P1Mu0HL0Cp0yf00n

¹⁴¹⁷ En concreto, “la conjunta aplicación de los arts.53.a) y 55.1.B) de la LO 4/2000 (que reservan la sanción de multa para la mera estancia irregular) en relación con el art. 24.1 y 2 del RD 557/2011 (que establecen la salida obligatoria en el plazo que se determine, con una extensión máxima de quince días, con la advertencia de sanción de expulsión en caso de incumplimiento de dicha obligación) es conforme con las previsiones de los arts. 6.1 y 8.1 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo”; Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española, Circular 1/2015 de 25 de mayo de 2015 “Argumentario a la sentencia de 23 abril de 2015 del TJUE”, p. 3. Por tanto, ante la mera estancia irregular, la práctica española a este respecto se desarrolla en torno a un proceso de dos fases: en un primer estadio, se lleva a cabo el procedimiento ordinario, conforme al cual, ante la estancia irregular sin otros datos “negativos” se impone una multa y apercibimiento de salida de 15 días naturales –90 si la que la persona no cuenta con los medios económicos necesarios–. En una segunda fase, transcurrido este plazo, se inicia un procedimiento preferente de expulsión, en aplicación de los arts. 234 a) o b), 242, 245.2 y 246.5 a) del Reglamento de Extranjería; Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía

El Gobierno español se personó ante el TJUE, con anterioridad al asunto *Zaizoune*, por otro caso desarrollado en circunstancias similares. En concreto, en *Zurita García y Choque Cabrera*¹⁴¹⁸, el tribunal de Luxemburgo tiene la oportunidad de poner de manifiesto que en el sistema de extranjería español:

“la imposición de una multa no lleva aparejada la tolerancia de la estancia irregular. Por el contrario, los extranjeros de terceros países están legalmente obligados a abandonar el territorio nacional en 15 días. Si esto no sucede, se inicia un nuevo procedimiento sancionador por estancia continuada sin cumplimiento de los requisitos de estancia. Dado que ya se ha impuesto una multa, esto da lugar al inicio de un procedimiento de expulsión”¹⁴¹⁹.

En este asunto el TJUE estima que los EM pueden legislar estableciendo excepciones a la expulsión, sin ninguna limitación material a la hora de definir tales excepciones. Por tanto, afirma que el sistema alternativo español es acorde con el DUE¹⁴²⁰.

No obstante, en *Zaizoune* se interpreta que la normativa española, tal y como le es planteada en la cuestión prejudicial, menoscaba el efecto útil de la Directiva Retorno. Dado que la sustitución de la expulsión por una multa evita el rápido retorno de los nacionales de terceros Estados hallados en situación irregular en el territorio de un EM, uno de los objetivos de la citada norma¹⁴²¹.

Española, Circular 1/2015 de 25 de mayo de 2015 “Argumentario a la sentencia de 23 abril de 2015 del TJUE”, p. 3.

¹⁴¹⁸ Pese a que el Gobierno español también se personó en el asunto *Zaizoune*, en esta ocasión no expuso la real aplicabilidad del sistema expulsión/multa.

¹⁴¹⁹ Conclusiones de la AG Juliane Kokott, presentadas el 19 de mayo de 2009, *Zurita García y Choque Cabrera*, asuntos acumulados C-261/08 y C-348/08, punto 61.

¹⁴²⁰ STJCE de 22 de octubre de 2009, *Zurita García y Choque Cabrera*, asuntos acumulados C-261/08 y C-348/08, apdo. 57.

¹⁴²¹ Las reacciones judiciales inmediatas al pronunciamiento del TJUE que han podido observarse en el panorama judicial interno obedecen al fallo del tribunal de Luxemburgo, conforme al principio de primacía del Derecho de la Unión al ordenamiento interno de los EM. En un primer momento, el TSJ de Galicia, de Madrid y el País Vasco, aplicaron el régimen transitorio conforme a los principios de confianza legítima y tutela judicial efectiva, ya que, debido a que cuando se manifestó el TJUE los asuntos que tenían pendiente al respecto se encontraba en fase de apelación, por lo que las partes no pudieron alegar en primera instancia la postura del TJUE. Por tanto, en estos supuestos, no se aplicó la jurisprudencia *Zaizoune*; véase como ejemplo, STSJ de Galicia 3570/2015 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), recurso n. 187/2015, de 20 de mayo de 2015. No obstante, la mayoría de los TSJ no aplicaron el plazo transitorio, por lo que directamente confirmaron resoluciones de expulsión a la luz de la nueva jurisprudencia; véase como ejemplo: STSJ de Cataluña 4336/2015 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), recurso n. 397/2014, de 7 de mayo de 2015. Actualmente, todos los TSJ están aplicando la jurisprudencia emanada del TJUE a este respecto, imponiendo la sanción de expulsión, directamente, ante la estancia irregular, finalizando con ello el régimen transitorio para quienes lo aplicaron. Válgase como ejemplo la STSJ de Madrid 7376/2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 10ª) recurso n. 811/2017, de 5 de julio de 2018, F.J. 2º. En la doctrina véase DE COMINGES CÁCERES, F., “Los efectos de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015 (*Zaizoune*) en el régimen administrativo

En *Zurita García y Choque Cabrera*, el TJUE no se opone a que los EM, ante la estancia irregular, adopten otra serie de medidas complementarias al retorno, incluida la imposición de una pena pecuniaria que no impide de modo alguno que se adopte y se ejecute una decisión de retorno con pleno cumplimiento de los requisitos enunciados en los arts. 6 a 8 de la Directiva 2008/115/CE¹⁴²². Por tanto, debido a que la multa no sustituye a la expulsión, sino que complementa la decisión de retorno, la cual sigue siendo ineludible aun en el supuesto de que la multa sea abonada, cabe entender que dicha medida no menoscaba el efecto directo de la Directiva¹⁴²³. Si bien, posteriormente en *Zaizoune* el TJUE se opone a que la elección entre la sanción de multa o expulsión dependa de las circunstancias del caso.

Por lo que se puede considerar que esta jurisprudencia un tanto fluctuante se debe al mal planteamiento de la cuestión prejudicial por parte del órgano nacional, ya que el TJUE no es competente para entrar a analizar la normativa interna de un EM para comprobar si se ciñe a los elementos de la cuestión prejudicial planteada¹⁴²⁴. Pero aunque

sancionador de las situaciones de residencia irregular”, *RDME*, n. 43, 2016, 45-82, pp. 59 a 72. Para un análisis de los principales pronunciamientos emitidos a nivel de varios juzgados de lo contencioso-administrativo, véase, AGUELO NAVARRO, P., “A vueltas con la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015. «El sistema sancionador español de extranjería””, *RDME*, n. 39, 2015, 101-152, pp. 127 y ss.

¹⁴²² STJUE de 6 de diciembre de 2012, *Sagor*, asunto C-430/11, apdo. 36. Además, el TJUE, en anteriores pronunciamientos consideró que una pena de prisión impuesta en el curso del procedimiento de retorno no contribuye a que se lleve a cabo la expulsión, frustrando la aplicación de la Directiva y demorando el retorno, en detrimento del efecto útil de la Directiva, STJUE de 6 de diciembre de 2011, *Achughbaban*, asunto C- 329/11, apdo. 39 y STJUE de 28 de abril de 2011, *El Dridi*, asunto C- 61/11 PPU, apdos. 58 y 59. Véase a este respecto STJCE de 22 de octubre de 2009, *Zurita García y Choque Cabrera*, asuntos acumulados C-261/08 y C-348/08, apdos. 63 a 66.

¹⁴²³ Como defiende la magistrada CASTANEDO GARCÍA, “la naturaleza de la expulsión [...] no constituye una sanción por comisión de una infracción sino una causa legal que determina la consecuencia de la expulsión cuando concurren las circunstancias que prevé. Es por ello que no es una sanción que se imponga en sustitución de la multa”; CASTANEDO GARCÍA, M.E., “Examen de la jurisprudencia existente relativa a los artículos 57 y 58 de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero y su desarrollo reglamentario, y las sentencias de distintos tribunales superiores de justicia sobre la materia”, *RDME*, n. 36, 2014, 271-279, p. 266.

¹⁴²⁴ En concreto defiende que: “en el marco de un procedimiento prejudicial, no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la interpretación de las disposiciones nacionales ni apreciar si es correcta la interpretación que el órgano jurisdiccional remitente efectúa de esta”; STJUE de 28 de julio de 2011, *Samba Diouf*, asunto C-69/10, apdo. 59; STJCE de 23 de abril de 2009, *Kiriaki Angelidaki y otros*, asuntos acumulados C-378/07 a C-380/07, apdo. 48; STJCE de 2 de octubre del 2000, *Josef Corsten*, asunto C-58/98, apdo. 24. Por tanto, en estas circunstancias, ha de examinarse la petición de decisión prejudicial partiendo de la premisa del órgano jurisdiccional remitente. En este sentido, en un recurso planteado ante el TSJ del País Vasco en el que se apela la aplicación de la jurisprudencia *Zaizoune*, la parte apelante solicita que se plantee una nueva cuestión prejudicial ante el TJUE en los siguientes términos: “1. Si una normativa que permite sancionar en los supuestos de mera estancia irregular, con una multa pecuniaria y la obligación legal de abandonar el territorio en el plazo de 15 días naturales, con la advertencia de sanción de expulsión en caso de incumplimiento de dicha obligación, se opone a las previsiones de los artículos 4.2, 4.3 y 6.1 de la Directiva 2008/115/CE. 2. Si una normativa que, en los supuestos de mera estancia irregular, diseña un procedimiento en una única fase, que impide al extranjero optar por la salida voluntaria se opone a las previsiones de los artículos 7.1, 6.4 y 6.5 de la Directiva 2008/115/CE”. Sin embargo, el tribunal rechazó

el cambio en la jurisprudencia del TJUE pueda relacionarse con un planteamiento incompleto de la cuestión por el órgano judicial interno, el Tribunal de Luxemburgo ya conocía la finalidad real y los efectos de la sanción de multa ante la estancia irregular, a propósito de *Zurita García y Choque Cabrera*¹⁴²⁵. Precisamente en esta sentencia se deja la puerta abierta a los Estados para que puedan buscar soluciones ante la estancia irregular, al no imponerles una obligación de expulsión en todos los casos de estancia irregular¹⁴²⁶. Ya que el art. 4.3 de la Directiva Retorno permite a los EM adoptar medidas más favorables, siempre que no sean incompatibles con citada norma. Se puede valorar que esta es la situación que se da en el ordenamiento jurídico español, en el que, sin tolerar la estancia irregular y, si no concurren “datos” negativos –entre ellos, un anterior plazo de salida sin que la misma haya tenido lugar–, se puede aplicar al extranjero afectado por la medida una multa y un apercibimiento de salida. Con lo que el extranjero puede regularizar su situación y, de no ser posible, se le otorga un plazo de salida voluntaria sin prohibición de entrada, lo que permite al sujeto gestionar en su Estado de origen las eventuales autorizaciones debidas para su residencia en España legalmente¹⁴²⁷.

3. LA NECESARIA CONFORMIDAD CON LA LEY DE LA MEDIDA DE EXPULSIÓN

El art. 1 del Protocolo n. 7 al CEDH, titulado “Garantías de procedimiento en caso de expulsión de extranjeros”, junto con el art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH, “Prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros” (Capítulo IV), conforman una suerte de “régimen relativo a la expulsión de extranjeros de los EP en el CEDH”¹⁴²⁸. En concreto,

la pretensión; STSJ del País Vasco 1155/2017, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), recurso n. 4/2017, de 16 de marzo de 2017.

¹⁴²⁵ A este respecto, BLAZQUEZ RODRIGUEZ, I., “Expulsión versus multa: ¿El derecho de la Unión faculta a los Estados Miembros su libre elección en relación a los nacionales de tercer país en situación irregular? A propósito de la STJCE de 22 de octubre de 2009, asuntos acumulados C-261/08 y C-348/08, *Zurita García y Choque Cabrera*”, *RGDE*, 21, 2010, 1-21, p. 19.

¹⁴²⁶ STJCE de 22 de octubre de 2009, *Zurita García y Choque Cabrera*, asuntos acumulados C-261/08 y C-348/08, apdo. 67; BLAZQUEZ RODRIGUEZ, I., “Expulsión versus multa: ¿El derecho de la Unión faculta a los Estados Miembros su libre elección en relación a los nacionales de tercer país en situación irregular? A propósito de la STJCE de 22 de octubre de 2009, asuntos acumulados C-261/08 y C-348/08, *Zurita García y Choque Cabrera*”, *RGDE*, 21, 2010, 1-21, p. 21.

¹⁴²⁷ En este sentido, DE COMINGES CÁCERES, F., “Los efectos de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015 (*Zaizoune*) en el régimen administrativo sancionador de las situaciones de residencia irregular”, *RDME*, n. 43, 2016, 45-82, p. 49.

¹⁴²⁸ Si bien el ámbito de aplicación personal del art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH se extiende a cualquier extranjero, con independencia de su situación administrativa, el art. 1 del Protocolo n. 7 al CEDH únicamente se aplica a aquellos extranjeros residentes de manera legal; DURÁN ALBA, J.F., “Las garantías frente a la expulsión de extranjeros”, en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA MACHETTI, P. (Coords.),

el art. 1 del Protocolo n. 7 establece una serie de garantías mínimas a las que tienen derecho los extranjeros objeto de expulsión. Con esta normativa, se garantiza la protección de los DDHH del extranjero en aquellos supuestos que no estén cubiertos por otros instrumentos internacionales de protección de DDHH, siempre y cuando las circunstancias permitan la aplicación del sistema de control que prevé el CEDH¹⁴²⁹.

Con el art. 1 del Protocolo n. 7 se crea un ámbito “independiente”, ya que se trata de un precepto que contiene garantías específicas aplicables únicamente a la expulsión de extranjeros. Se debe tener en cuenta que los procedimientos de expulsión de extranjeros no están dentro del ámbito de aplicación del art. 6.1 del CEDH¹⁴³⁰. En concreto, no se considera aplicable el art. 6 a los procedimientos de expulsión de extranjeros, dado que tales procedimientos no se encuentran relacionados con la determinación de una obligación civil o el fundamento de una acusación en materia penal, como se prevé en el art. 6 del CEDH¹⁴³¹.

Con el art. 1 del Protocolo n. 7 se aplican a la expulsión de extranjeros las garantías procesales previstas en materia civil y penal por el art. 6 del CEDH. Empero, el restrictivo

La Europa de los Derechos, 1ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, 891-894, p. 891.

¹⁴²⁹ “Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, European Treaty Series - No. 117. Strasbourg, 22.XI.1984, p. 2, párr. 7. Algún sector de la doctrina defiende que el contenido de la norma basado en “mínimos” es una prueba de la tendencia de los Estados a no asumir obligaciones significativas en un asunto tradicionalmente reservado a su total discreción; RAVERA, C., “Protocollo 7. Art. 1 garanzie procedurali in caso di espulsione di stranieri”, en DEFILIPPI, C., BOSI, D. y HARVEY, R. (Eds.), *La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà Fondamentali. Commenta ed annotata*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, 761-796, p. 763.

¹⁴³⁰ El art. 6 del CEDH titulado, “derecho a un proceso equitativo”, establece que: “1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan 10 11 o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”.

¹⁴³¹ En relación al art. 1 del Protocolo n. 7 el TEDH mantiene que: “Taken together, those provisions show that the States were aware that Article 6 § 1 did not apply to procedures for the expulsion of aliens and wished to take special measures in that sphere”; STEDH de 5 de octubre de 2000, *Maaouia c. Francia*, demanda n. 39652/98, párr. 36. En asuntos relativos a la admisión en el territorio y procedimientos de asilo “está vetada la aplicación del art. 6 del CEDH sobre el derecho a un proceso equitativo, aplicable sólo en litigios sobre derecho y obligaciones «de carácter civil» o acusaciones penales, puesto que el TEDH considera que los procedimientos de asilo no son litigio sobre derechos «de carácter civil»”; MORGADES GIL, S., “La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *RDCE*, n. 37, 2010, 801-842, p. 833, nota a pie 91. En este sentido, CHARRIER, J.L., *Code de la Convention européenne des droits de l’homme*, Litec, Paris, 2000, p. 349.

alcance que presenta el art. 1 del Protocolo n. 7 limita, en gran medida, el acceso de los extranjeros a las garantías procesales reconocidas, ya que estas son aplicables únicamente a los extranjeros que “residen legalmente” en el territorio de un EP, lo que excluye a los inmigrantes en situación irregular¹⁴³². Se debe considerar, además, que en la actualidad, como ya se ha señalado, tres EP no han ratificado el Protocolo 7 –Alemania, Países Bajos y Reino Unido–, por lo que obviamente no les vincula¹⁴³³. Todo lo anterior explica, en buena medida, que la jurisprudencia del TEDH relativa al art. 1 del Protocolo n. 7 al CEDH sea muy escasa. Si bien resulta de interés su análisis.

En esta dirección y con carácter general, el TEDH hace uso de la noción de “expulsión” como un concepto autónomo e independiente de cualquier definición contenida en la legislación nacional (Capítulo IV.4.). A los efectos del art. 1 del Protocolo n. 7, el término “expulsión” abarca cualquier medida que obligue al extranjero a abandonar el territorio donde reside legalmente, con excepción de la extradición¹⁴³⁴. Se debe destacar que, además de las garantías específicas previstas en el citado precepto, los extranjeros objeto de un procedimiento de expulsión también disfrutaban de los derechos previstos en los arts. 3 (Capítulo III) y 8 (Capítulo V) del CEDH, en relación con el art.

¹⁴³² LABAYLE, H. y DE BRUYCKER, P., “L’impact de la jurisprudence de la CEDH et de la CEDH en matière d’asile et d’immigration”, *Parlement Européen, Direction générale des politiques internes, Département thématique, Droits des citoyens et affaires constitutionnelles*, 2012, p. 63. Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2012/462438/IPOL-LIBE_ET\(2012\)462438_FR.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2012/462438/IPOL-LIBE_ET(2012)462438_FR.pdf). En este sentido la palabra “residente” opera como exclusión de aquellos que no han sido admitidos en el territorio de un EP con fines residenciales. Por ejemplo, el TEDH ha considerado inaplicable esta disposición cuando la persona en cuestión no ha podido acogerse a un permiso de residencia, ya que su solicitud de estatuto de refugiado político ha sido denegado definitivamente, STEDH de 8 de febrero de 1993 (decisión de admisibilidad), *ST c. Francia*, demanda n. 20649/92; o cuando, una vez expirado el visado provisional, los interesados permanecen en el país de que se trate a la espera del resultado de los procedimientos iniciados para obtener un permiso de residencia o el estatuto de refugiado; STEDH de 13 de enero de 1993 (decisión de admisibilidad), *Voulofvitch y otros c. Suecia*, demanda n. 19373/92. El TEDH mantiene que la noción de “residencia” es similar al concepto de “hogar” desarrollado en virtud del art. 8 de CEDH, ya que no se limita a la presencia física; STEDH de 12 de febrero de 2009, *Nolan y K. c. Rusia*, demanda n. 2512/04, párr. 110. Sobre la noción de “residentes legales” a los efectos del art. 1 del Protocolo n. 7 al CEDH en la jurisprudencia del TEDH véase, STEDH de 20 de diciembre de 2016, *Berdzenishvili y otros c. Rusia*, demanda nos. 14594/07, 14597/07, 14976/07, 14978/07, 15221/07, 16369/07 y 16706/07, párrs. 87 a 89; STEDH de 3 de julio de 2014, *Georgia c. Rusia (I)*, demanda n. 13255/07, párrs. 228 a 231; STEDH de 31 de marzo de 2011, *Nowak c. Ucrania*, demanda n. 60846/10, párrs. 79 y 80; STEDH de 13 de julio de 2010, *Ahmed c. Rumania*, demanda n. 34621/03, párr. 50; STEDH de 20 de septiembre de 2007, *Sultani c. Francia*, demanda n. 45223/05, párr. 87; STEDH de 5 de octubre de 2006, *Bolat c. Rusia*, demanda n. 14139/03, párrs. 76 y 78.

¹⁴³³ Véase en: https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/117/signatures?p_auth=HQxgkxxP

¹⁴³⁴ STEDH de 12 de febrero de 2009, *Nolan y K. c. Rusia*, demanda n. 2512/04, párr. 112; STEDH de 5 de octubre de 2006, *Bolat c. Rusia*, demanda n. 14139/03, párr. 79. Véase el informe explicativo de este precepto en, “Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, European Treaty Series - No. 117. Strasbourg, 22.XI.1984, párr. 50.

13 (epígrafe 5 del presente Capítulo)¹⁴³⁵. La interrelación entre estos derechos es tal que la vulneración de los arts. 8 y 13 del CEDH, suele llevar aparejada, de forma automática, la infracción del art. 1 del Protocolo 7¹⁴³⁶. En este sentido, el TEDH, mediante la interpretación y desarrollo jurisprudencial del art. 1 del Protocolo n. 7, no duda en volver a calificar la denuncia presentada por un demandante, en relación a las garantías procesales de su procedimiento de expulsión, de acuerdo con el Protocolo n. 7. Con ello, establece garantías específicas de procedimiento, que permiten impugnar la efectividad de procedimientos internos que se supone que protegen los derechos del extranjero¹⁴³⁷.

Más en concreto, en el art. 1 del Protocolo n. 7 al CEDH, en primer lugar se dispone que únicamente podrá llevarse a cabo la expulsión “en ejecución de una decisión dictada conforme a la ley”. A este respecto, se debe interpretar que el término “ley” hace referencia al derecho interno involucrado en el caso, sin que quepa excepción en este sentido¹⁴³⁸. En *Sharma c. Letonia*, a la hora de evaluar si la expulsión de la demandante es llevada a cabo en ejecución de una decisión dictada “conforme a la ley”, el TEDH observa que el art. 70 de la Ley de procedimiento administrativo de Letonia dispone que, normalmente, un acto administrativo entra en vigor cuando este es notificado al destinatario. Asimismo, el art. 80 de la misma ley establece que la presentación de un recurso ante una autoridad jerárquicamente superior suspende, con carácter general, la ejecución de un acto administrativo. En este caso, dado que la notificación del recurso de la demandante contra la orden de expulsión no se le notifica antes de su expulsión y, por tanto, dicha expulsión se basa en una decisión que todavía no es definitiva, se incumple el procedimiento establecido en la ley y, con ello, el art. 1 del Protocolo n. 7¹⁴³⁹. Por su

¹⁴³⁵ Así se encarga de recordarlo el TEDH en su jurisprudencia; STEDH de 12 de octubre de 2006, *Kaya c. Rumania*, demanda n. 33970/05, párr. 51. En este sentido, STEDH de 20 de junio de 2002, *Al-Nashif c. Bulgaria*, demanda n. 50963/99, párr. 132. En este sentido, la doctrina apunta a que el art. 1 del Protocolo n. 7 es una forma de *lex specialis* respecto al art. 13 del CEDH; SCHABAS, W.A., *The European Convention on Human Rights. A commentary*, Oxford University Press, United Kingdom, 2015, p. 1126; URRUTIA LIBARONA, I., “Artículo 1. Garantías de procedimiento en caso de expulsión de extranjeros”, en LASAGABASTER HERRARTE, I. (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, 3ª edición, Aranzadi, Navarra, 2015, 995-1008, p. 997.

¹⁴³⁶ Conclusiones del AG Yves Bot, presentadas el 12 de septiembre de 2012, ZZ, asunto C-300/11, punto 94.

¹⁴³⁷ STEDH de 17 de enero de 2012, *Takush c. Grecia*, demanda n. 2853/09, párr. 50.

¹⁴³⁸ STEDH de 24 de marzo de 2016, *Sharma c. Letonia*, demanda n. 28026/05, párr. 80; STEDH de 17 de enero de 2012, *Takush c. Grecia*, demanda n. 2853/09, párr. 57; STEDH de 5 de octubre de 2006, *Bolat c. Rusia*, demanda n. 14139/03, párr. 81. Como mantiene el informe explicativo del art. 1 al Protocolo 7 al CEDH, la noción de “ley” se refiere a la legislación nacional del EP de que se trate. En consonancia, la decisión de expulsión solo puede ser tomada por la autoridad competente, de conformidad con las disposiciones de derecho sustantivo y de acuerdo a las normas de procedimiento pertinentes; “Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, European Treaty Series - No. 117. Strasbourg, 22.XI.1984, párr. 11.

¹⁴³⁹ STEDH de STEDH de 24 de marzo de 2016, *Sharma c. Letonia*, demanda n. 28026/05, párrs. 81 y 82.

parte, en *Nolan y K. c. Rusia*, el Gobierno ruso no proporciona ninguna explicación sobre el motivo por el cual la decisión de expulsión no le es comunicada al demandante durante más de tres meses; y tampoco se le permite presentar razones en contra de su expulsión y que esta decisión sea revisada con la participación de su abogado. Todo ello ocasiona que el demandante no disfrute de las garantías procesales previstas en el art. 1 del Protocolo n. 7¹⁴⁴⁰.

Se debe interpretar que el término “ley”, va más allá del cumplimiento de las normas procesales y sustantivas del derecho interno, para referirse también a la calidad de la ley (Capítulo VI.2.1.); esto es, es necesario que la ley sea accesible y previsible, así como que proporcione salvaguardias suficientes contra la injerencia arbitraria de las autoridades públicas en los derechos garantizados por el CEDH¹⁴⁴¹. En *Kaya c. Rumania* y *Lupsa c. Rumania*, las autoridades no proporcionan a los demandantes ninguna prueba sobre los hechos que se les imputan; y, además, la fiscalía no comunica a los demandantes las órdenes de expulsión dictadas contra ellos. De este modo se impide que el abogado del demandante estudie la orden mencionada y que presente documentos que apoyen la impugnación. A la vista de estos hechos y, considerando que cualquier disposición del CEDH y sus Protocolos debe interpretarse de forma que se garanticen los derechos en ellos contenidos de manera concreta y efectiva, la pretensión del solicitante no puede ser examinada a la luz de los motivos de su expulsión, lo que vulnera el art. 1 del Protocolo n. 7 al CEDH¹⁴⁴².

Asimismo, el TEDH también se ha referido a la “calidad de la notificación” con el fin de que el demandante pueda ejercer los derechos previstos en el art. 1 del Protocolo n. 7. En *Ahmed c. Rumanía*, a diferencia de los anteriores casos citados, el solicitante sí que recibe una copia de la orden del fiscal por la que solicita su traslado a un centro de tránsito. No obstante, al igual que sucede en *Kaya y Lupsa c. Rumania*, la comunicación al demandante no contiene ninguna concreción sobre los hechos alegados, únicamente menciones de naturaleza puramente formal. La orden de expulsión se basa en la existencia

¹⁴⁴⁰ STEDH de 12 de febrero de 2009, *Nolan y K. c. Rusia*, demanda n. 2512/04, párr. 115.

¹⁴⁴¹ STEDH de 12 de julio de 2011, *Baltaji c. Bulgaria*, demanda n. 12919/04, párr. 55; STEDH de 15 de febrero de 2011, *Geleri c. Rumania*, demanda n. 33118/05, párr. 44; STEDH de 13 de julio de 2010, *Ahmed c. Rumania*, demanda n. 34621/03, párr. 51 y 52; STEDH de 12 de octubre de 2006, *Kaya c. Rumania*, demanda n. 33970/05, párrs. 54 y 55; STEDH de 8 de junio de 2006, *Lupsa c. Rumania*, demanda n. 10337/04, párrs. 59 y 60. Como mantiene el TEDH, la frase “de conformidad con la ley”, tiene un significado similar en toda el CEDH y sus Protocolos; STEDH de 24 de abril de 2008, *C.G. y otros c. Bulgaria*, demanda n. 1365/07, párr. 73.

¹⁴⁴² STEDH de 12 de octubre de 2006, *Kaya c. Rumania*, demanda n. 33970/05, párrs. 54 y 55; STEDH de 8 de junio de 2006, *Lupsa c. Rumania*, demanda n. 10337/04, párrs. 54 a 61.

de referencias genéricas a informaciones que demuestran que la actividad del demandante puede poner en peligro la seguridad nacional, sin que estas actividades sean detalladas ni concretadas. Por tanto, se vuelve a reiterar la necesidad de que la ley nacional sea previsible con el fin de que el extranjero pueda ejercer los derechos previstos en el art. 1 del Protocolo n. 7 al CEDH, lo cual a juicio del TEDH no sucede en el presente caso¹⁴⁴³. Estas circunstancias también están presentes en *Geleri c. Rumania*, en el que se considera probado que la comunicación al demandante no contiene ninguna referencia a los actos alegados, por lo que las autoridades no proporcionan al demandante ninguna prueba de los hechos que le son imputados¹⁴⁴⁴.

4. EL DERECHO DEL EXTRANJERO A SER NOTIFICADO DE LA RESOLUCIÓN DE EXPULSIÓN

En sus comentarios a la propuesta de art. 26.1, letra a), la CDI mantiene que la notificación de la resolución de expulsión forma parte del derecho de defensa del extranjero, además de poder ser considerada como una garantía procesal básica que permite ejercer el resto de derechos procesales inherentes a la expulsión¹⁴⁴⁵. Pero en esta disposición no se incluye la obligación de notificar también la información sobre el motivo de la expulsión. La postura conservadora que en este punto demuestra el órgano codificador se debe a que se consideró que a este respecto no existía una práctica legislativa y judicial interna uniforme¹⁴⁴⁶.

¹⁴⁴³ STEDH de 13 de julio de 2010, *Ahmed c. Rumania*, demanda n. 34621/03, párr. 52 a 56.

¹⁴⁴⁴ STEDH de 15 de febrero de 2011, *Geleri c. Rumania*, demanda n. 33118/05, párr. 46. En este sentido véase también, STEDH de 24 de abril de 2008, *C.G. y otros c. Bulgaria*, demanda n. 1365/07, párr. 75.

¹⁴⁴⁵ Concretamente la CDI sostiene que el derecho a ser notificado de la resolución de expulsión “constituye una *conditio sine qua non* del ejercicio por el extranjero objeto de expulsión de sus derechos procesales”; Proyecto de la CDI, Doc. A/69/10, comentario 2 a la propuesta de art. 4, p. 71. Para elaborar esta propuesta de artículo, la CDI se inspira en el art. 22.3 de la CIPDTM de 1990. Dicho artículo establece que la decisión de expulsión “les será comunicada en un idioma que puedan entender. Les será comunicada por escrito si lo solicitasen y ello no fuese obligatorio por otro concepto y, salvo en circunstancias excepcionales justificadas por razones de seguridad nacional, se indicarán también los motivos de la decisión [...]”.

¹⁴⁴⁶ El Ponente Kamto destacó que el derecho del extranjero a ser informado de los motivos de su expulsión no se encuentra consagrado, de manera uniforme, en el derecho interno dado que las legislaciones de los países difieren en relación a la forma de determinar si el extranjero expulsado tiene o no derecho a ser informado de los motivos de su expulsión y, de ser así, en qué medida. la obligación de notificar la decisión de expulsión al extranjero en cuestión se encuentra establecida en la legislación de EM del COE como son Francia, Bélgica, Italia y el Reino Unido. Asimismo, por ejemplo, la normativa interna portuguesa recoge que la notificación de la decisión de expulsión debe indicar el Estado al que el extranjero protegido no puede ser enviado. Para un análisis sobre el contenido de las legislaciones de algunos países en este sentido véase, CDI, “Sexto informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, adición primera, A/CN.4/625/Add.1, 28 de mayo de 2010, pp. 31 y ss.

En cualquier caso, los Estados deben proteger a los extranjeros del riesgo de sufrir un trato arbitrario, por lo que sus actuaciones deben ser “de conformidad con la ley” (epígrafe 3). Por tanto, si el derecho interno del Estado contiene la previsión de que la notificación de la resolución de expulsión debe informar de los motivos por los que se adopta tal medida, el extranjero debe recibir esta información. A este respecto, en *Ahmadou Sadio Diallo* la CIJ mantiene que la orden de expulsión del Sr. *Diallo* debería haber sido “razonada” de conformidad con el art. 15 del Decreto Legislativo de 1983 del derecho congoleño; esto es, debería haber indicado los motivos por los que se había tomado la decisión de expulsarle. Dado que la orden de expulsión reproducía un razonamiento general y estereotipado, que se limitaba a indicar que la presencia del Sr. *Diallo* violaba el orden público de determinadas áreas de Zaire, no puede considerarse que cumpliera los requisitos establecidos por la propia legislación congoleña. Por tanto, esta ausencia de razonamiento de la medida de expulsión equivale a una vulneración del art. 13 del PIDCP y del art. 12.4 de la CADHP¹⁴⁴⁷.

En esta misma dirección, ya se ha estudiado en el Capítulo VI.2.3. que el art. 5.2 del CEDH reconoce el derecho de toda persona detenida a ser informada, en un lenguaje sencillo y de fácil comprensión, de los motivos legales y fácticos de la detención. Asimismo, el art. 6.3, letra a) del CEDH regula el derecho a todo acusado de “ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación contra él”. No obstante, como ya se ha señalado en el epígrafe anterior, este precepto no se aplica a los extranjeros que se encuentran en situación irregular en un EP.

Por su parte, según el art. 12.1 de la Directiva 2008/115/CE, que forma parte del Capítulo III relativo a las “garantías procedimentales”, los EM están obligados a que las decisiones de retorno sean notificadas por escrito; documento que además debe contener los fundamentos de hecho y de derecho precisando las vías de recurso disponibles¹⁴⁴⁸.

¹⁴⁴⁷ CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 663, párr. 72.

¹⁴⁴⁸ Por su parte, la Comisión Europea recomienda a los EM facilitar, además, otra información relativa a los modos prácticos de cumplimiento de la orden de expulsión como, por ejemplo: información acerca de si la persona expulsada puede acogerse a un programa de retorno voluntario, si el sujeto puede prorrogar el plazo de salida voluntaria, así como de las consecuencias que acarrea el incumplimiento de la obligación de retorno; Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión de 16 de noviembre de 2017 por la que se establece un «Manual de Retorno» común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno. Bruselas, 16 de noviembre de 2017 (*DOUE L 339/83*, de 19 de diciembre de 2017), p. 133. En este sentido también se evidencia la directriz 4, de las veinte directrices para el retorno forzado elaborado por el COE. Esta directriz, también añade que, dado que algunos países no emiten una orden de expulsión de manera autónoma, sino que, en ocasiones, esta

Esta información puede ser objeto de restricción, de conformidad con el derecho nacional, con la finalidad de preservar la seguridad nacional, la defensa, y para la prevención, investigación, detección y persecución de delitos. Esta solución normativa es acorde con la jurisprudencia del TEDH relativa a la clasificación de material confidencial de ciertas actuaciones de un proceso cuando se encuentra en juego la seguridad nacional (Capítulo V.4.1.). Además, la segunda parte del art. 12.1 de la Directiva 2008/115/CE prevé la limitación de la información acerca de los fundamentos de hecho, siempre y cuando dicha restricción se encuentre prevista en el derecho nacional, con motivo de la seguridad nacional. Según el TJUE, cabe la restricción de derechos fundamentales, como es el derecho de defensa, si las limitaciones responden a objetivos de interés general perseguidos por la medida en cuestión y son proporcionales a la propia esencia del derecho garantizado¹⁴⁴⁹.

Los principales elementos de las decisiones de expulsión –“decisiones de retorno”, según la terminología utilizada por la Directiva 2008/115/CE– serán, en su caso, objeto de una traducción escrita y oral, conforme a las exigencias recogidas en el art. 12.2 de la citada norma. Estas garantías, en combinación con las que confiere el derecho a la tutela judicial efectiva regulado en el art. 13 de la Directiva Retorno, configuran la protección y defensa del sujeto ante una decisión que le afecta desfavorablemente, como es su expulsión del territorio de un EM¹⁴⁵⁰. Para asegurar estas garantías es importante la audiencia al interesado. Con ello, además de asegurar que una decisión lesiva sea adoptada con pleno conocimiento de causa, permite a la Administración cumplir con su deber de dar una motivación adecuada a sus decisiones¹⁴⁵¹. A este respecto, el sexto considerando de la Directiva 2008/115/CE establece que los EM deben asegurar que la

puede ser parte integrada de la denegación de un permiso de residencia o de asilo, así como de cualquier otra decisión sobre el derecho a permanecer en el territorio nacional, esta directriz no debe ser vista como un obstáculo para dicha práctica; Committee of Ministers, “Twenty Guidelines on Forced Returns”, CM(2005)40 final. Strasbourg, 9 may 2005, directriz 4.

¹⁴⁴⁹ STJUE de 11 de diciembre de 2014, *Boudjlida*, asunto C-249/13, apdo. 43; STJUE de 5 de noviembre de 2014, *Mukarubega*, asunto C-166/13, apdo. 53; STJUE de 18 de marzo de 2010, *Alassini y otros*, asunto C-317/08, apdo. 63; STJUE de 10 de septiembre de 2013, *G. y R.*, asunto C-383/13 PPU, apdo. 33.

¹⁴⁵⁰ STJUE de 11 de diciembre de 2014, *Boudjlida*, asunto C-249/13, apdo. 58.

¹⁴⁵¹ Como sostiene el AG Melchior Wathelet en *Boudjlida*, una motivación adecuada, además de permitir al sujeto conocer los motivos por los cuales se adopta la decisión de retorno, con el fin de poder plantear un recurso ante dicha decisión, permite a la autoridad competente ejercer un control de legalidad de la decisión; Conclusiones del AG Melchior Wathelet, presentadas el 25 de junio de 2014, *Boudjlida*, asunto C-249/13, punto 60.

finalización de la situación irregular de los extranjeros se lleva a término a través de un procedimiento justo y transparente¹⁴⁵².

Por su parte, la Directiva 2004/38/CE –objeto de estudio en el Capítulo V–, recoge una serie de normas de procedimiento que los EM deben cumplir ante una posible limitación del derecho de residencia y libre circulación en el territorio de los EM a los ciudadanos de la Unión y a los miembros de sus familias, con independencia de la nacionalidad de estos últimos; en particular, las enunciadas en los arts. 30 y 31 de la citada norma¹⁴⁵³. En concreto, su art. 30.1 establece que “toda decisión adoptada en virtud del apdo. 1 del art. 27 deberá notificarse al interesado por escrito, en condiciones tales que permitan entender su contenido e implicaciones”. Este precepto no implica que la resolución de expulsión deba de traducirse en el idioma nativo del sujeto, cuando este no haya presentado una solicitud en este sentido. Sin embargo, sí que lleva consigo la exigencia de que los EM adopten cualquier medida tendente a que la persona comprenda el contenido y los efectos que tal notificación conlleva¹⁴⁵⁴.

¹⁴⁵² En la jurisprudencia véase, STJUE de 5 de noviembre de 2014, *Mukarubega*, asunto C-166/13, apdo. 53. Con el fin de conseguir que el sujeto conozca los motivos que fundamentan la decisión de expulsión, el art. 12.2 de la Directiva Retorno dispone que los EM deben proporcionar, previa petición, una traducción escrita u oral de los principales elementos de las decisiones de retorno, así como de las vías de recurso disponible, en un idioma que el sujeto objeto de expulsión comprenda o pueda suponerse de forma razonable que comprende. Asimismo, el art. 12.3 de la Directiva Retorno continúa señalando que los EM podrán no aplicar lo relativo a la traducción escrita de los principales elementos de la decisión de retorno, en los supuestos en los que el sujeto haya entrado de manera ilegal en el EM sin haber regularizado ulteriormente su estancia. En estos casos, la notificación de la decisión de retorno se hará mediante un formulario tipo, de conformidad con la legislación nacional.

¹⁴⁵³ En concreto, el art. 30 de la Directiva 2004/38/CE, bajo el título de “notificación de las decisiones” establece que” 1. Toda decisión adoptada en virtud del apartado 1 del artículo 27 deberá notificarse al interesado por escrito, en condiciones tales que le permitan entender su contenido e implicaciones; 2. Se comunicarán al interesado, con precisión y por extenso, las razones de orden público, seguridad pública o salud pública en las que se base la decisión que le afecte, a menos que a ello se opongan razones de seguridad del Estado; 3. En la notificación se indicará la jurisdicción o instancia administrativa ante la cual el interesado puede interponer recurso, así como el plazo establecido para ello y, cuando proceda, el plazo concedido para abandonar el territorio del Estado miembro. Excepto en casos urgentes debidamente justificados, dicho plazo no podrá ser inferior a un mes a partir de la fecha de notificación”.

¹⁴⁵⁴ STJUE de 14 de septiembre de 2017, *Petrea*, asunto C-184/16, apdo. 70. Esta interpretación sigue la estela de la interpretación dada por el TJCE al art. 7.1 de la Directiva 64/221/CEE, predecesor del actual art. 30.1 de la Directiva 2004/38/CE. En este sentido, el TJCE consideró que no se exige que una decisión se traduzca a la lengua del sujeto en cuestión, sobre todo si se trata de una lengua menos conocida. Ello no resulta óbice para que el EM deba adoptar cualquier medida útil con el fin de asegurar que el interesado comprenda el contenido y las implicaciones de dicha decisión; TJCE de 18 de mayo de 1982, *Adoui y Cornuaille/Estado belga*, asuntos acumulados C-115/81 y 116/81, apdo. 13. A este respecto cabe destacar que el Comité Económico y Social, en su dictamen sobre la propuesta de Directiva, consideraba que la mejor forma de comprender una decisión que restringe un derecho es recibir dicha decisión en un idioma comprensible por parte del sujeto afectado; Dictamen del Comité Económico y Social sobre la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”, (COM(2001) 257 final — 2001/0111 (COD)), (2002/C 149/12). Bruselas, 24 de abril de 2002 (*DOCE C 149/46*, de 21 de junio de 2002), pág. 4.8.3.

En definitiva, tanto la Directiva 2008/115/CE como la Directiva 2004/38/CE, prevén que las notificaciones a las decisiones de expulsión sean realizadas por escrito, garantía que se omite en el Proyecto de la CDI. A pesar de que la UE presentó observaciones en las que proponía la inclusión de normas con las que se estableciera la obligación de notificar la decisión de expulsión de una forma más precisa; en particular el derecho del extranjero a recibir la decisión por escrito, además de proponer que el derecho a la notificación de la decisión de expulsión también contenga información sobre los recursos legales de los que puede disponer el extranjero para recurrir su decisión de expulsión¹⁴⁵⁵. Pero esta propuesta más garantista con los derechos de los extranjeros no fue asumida finalmente por la CDI. Llama la atención, a este respecto, que incluso alguno de los EM de la UE, en concreto el Reino Unido, mostraron su disconformidad con esta propuesta¹⁴⁵⁶.

Se debe criticar esta omisión en el Proyecto de la CDI, puesto que una de las finalidades de la notificación de la medida de expulsión, es también comunicar los motivos por los que se decide expulsar al extranjero de forma suficientemente detallada y precisa. Como es obvio, con la finalidad de que los extranjeros puedan defender sus intereses con un conocimiento más completo de las causas que motivan su expulsión¹⁴⁵⁷. De hecho, la necesidad de motivar una decisión de forma concreta y detallada, es exigida por el TJUE para que el interesado pueda comprender los motivos de su expulsión; este conocimiento constituye el corolario del principio del derecho de defensa¹⁴⁵⁸.

A este respecto, el art. 30.2 de la Directiva de 2004/38/CE dispone que se comunicarán al interesado, con precisión y por extenso, las razones de orden público,

¹⁴⁵⁵ Esta sugerencia también fue planteada por España; AGNU, Sexta Comisión, “Tema 79 del programa. Informe de la CDI sobre la labor realizada en sus periodos de sesiones 63º y 64º”, A/C.6/67/SR.18, 4 de diciembre de 2012, párs. 66 y 114.

¹⁴⁵⁶ Debido a que su normativa interna, en concreto el Reglamento de 2003 sobre notificación de las decisiones en materia de inmigración, obliga a Reino Unido a proporcionar información sobre los recursos existentes al extranjero objeto de expulsión únicamente si al extranjero le asiste el derecho de apelación: Véase el comentario de Reino Unido en, CDI, “Expulsión de extranjeros. Comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos”, A/CN.4/669, 21 de marzo de 2014, p. 65.

¹⁴⁵⁷ A este respecto el Ponente Kamto, destacó que el derecho del extranjero a ser informado de los motivos de su expulsión no se encuentra consagrado, de manera uniforme, en el derecho interno dado que las legislaciones de los países difieren en relación a la forma de determinar si el extranjero expulsado tiene o no derecho a ser informado de los motivos de su expulsión y, de ser así, en qué medida. Para un análisis sobre del contenido de las legislaciones de algunos países en este sentido véase, CDI, “Sexto informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, adición primera, A/CN.4/625/Add.1, 28 de mayo de 2010, pár. 78.

¹⁴⁵⁸ Véase *mutatis mutandis*, STJUE de 22 de noviembre de 2012, *M.*, asunto C- 277/11, apdo. 88. Del derecho de defensa, en el sentido discreto, deriva la especial relevancia de lo dispuesto en el art. 30.2 de la Directiva 2004/38 al disponer que: “Se comunicarán al interesado, con precisión y por extenso, las razones de orden público, seguridad pública o salud pública en las que se base la decisión que le afecte, a menos que a ello se opongan razones de seguridad del Estado”.

seguridad o salud pública en las que se base la decisión que le afecte. No obstante, al igual que en la Directiva Retorno, el suministro de tal información queda supeditada a que razones de seguridad del Estado no se opongan a ello. Esta limitación debe ser objeto de una interpretación restrictiva, aunque sin llegar al punto de privarla de eficacia¹⁴⁵⁹. Así las cosas, la interpretación de este precepto debe realizarse a la luz del art. 47 de la CDFUE, por lo que dicha excepción no puede menoscabar el nivel de protección garantizado en el art. 30.1 relativo a la notificación de la decisión¹⁴⁶⁰. En este sentido, la obligación de motivar un acto lesivo de los derechos del individuo tiene como finalidad proporcionar al interesado una indicación suficiente sobre si la decisión se encuentra bien fundada, así como permitir al órgano jurisdiccional competente el ejercicio de su control¹⁴⁶¹.

En su jurisprudencia el TJUE se refiere al derecho a la tutela judicial efectiva previsto por el art. 47 de la CDFUE, en virtud del cual se debe permitir a los sujetos conocer los motivos por los que se adopta una resolución contra ellos, ya sea mediante la lectura de la resolución o la notificación de la motivación de esta a petición del interesado. Sin perjuicio de que el juez competente exija a la autoridad de que se trate que comunique tal motivación¹⁴⁶². Con ello se posibilita que el interesado pueda defender sus derechos con

¹⁴⁵⁹ STJUE de 4 de junio de 2013, ZZ, asunto C-300/11, apdo. 49. El objetivo general al que hace referencia el art. 30.2 de la Directiva 2004/38 consiste en proteger la seguridad del Estado. Dicho objetivo se relaciona con el art. 4.2 del TUE y el art. 346.1, letra a) del TFUE; véase a este respecto las Conclusiones del AG Yves Bot, presentadas el 12 de septiembre de 2012, ZZ, asunto C-300/11, puntos 66 a 68.

¹⁴⁶⁰ En este sentido, el TJUE ha apunta que, si bien el art. 52.2 de la CDFUE admite la aplicación de límites al ejercicio de los derechos consagrados por la Carta, también se exige que toda limitación a los derechos respete el contenido esencial de los mismos. Además de requerir la observancia del principio de proporcionalidad, esto es, que la limitación sea necesaria y responda de manera efectiva a los objetivos de interés general reconocidos por la Unión; STJUE de 4 de junio de 2013, ZZ, asunto C-300/11, apdo. 51.

¹⁴⁶¹ STJUE de 29 de junio de 2010, *E y F*, asunto C-550/09, apdo. 54.

¹⁴⁶² STJUE de 17 de marzo de 2011, *Peñarroja Fa*, asuntos acumulados C-372/09 y C-373/09, apdo. 63; STJUE de 17 de noviembre de 2011, *Gaydarov*, asunto C-430/10, apdo. 41. En este sentido, el TC sostiene que el derecho a la tutela judicial efectiva no solo desemboca en el deber de motivar las resoluciones judiciales, sino también de los actos administrativos cuando tales actos supongan una limitación o una restricción de los derechos fundamentales o impongan sanciones; STC 212/2009, de 26 de noviembre, F.J. 4º (BOE n. 313, de 29 de diciembre de 2009); STC 236/2007, de 7 de noviembre, F.J. 12º (BOE n. 295, de 10 de diciembre de 2007).

¹⁴⁶² STC 212/2009, de 26 de noviembre, F.J. 4º (BOE n. 313, de 29 de diciembre de 2009); STC 236/2007, de 7 de noviembre, F.J. 16º (BOE n. 295, de 10 de diciembre de 2007). En relación a la tutela judicial efectiva, el TC establece que este derecho fundamental, dado su conexión con el derecho fundamental a la dignidad humana, se atribuye a las personas por el mismo hecho de serlo y, en consecuencia, los extranjeros también gozan de este derecho con independencia de su situación jurídica en España; STC 212/2009, de 26 de noviembre, F.J. 4º (BOE n. 313, de 29 de diciembre de 2009); STC 236/2007, de 7 de noviembre, F.J. 3º (BOE n. 295, de 10 de diciembre de 2007). En este sentido, el TC indica que la expulsión del territorio prevista en el art. 57 de la LODYLE, en tanto en cuanto se trata de la consecuencia de una conducta tipificada como infracción administrativa, se impone en el marco de un procedimiento administrativo sancionador al cual le son aplicables los principios esenciales de la tutela judicial efectiva reconocida en el art. 24 de la CE; STC 212/2009, de 26 de noviembre, F.J. 4º (BOE n. 313, de 29 de diciembre de 2009); STC 236/2007, de 7 de noviembre, F.J. 16º (BOE n. 295, de 10 de diciembre de 2007).

pleno conocimiento, con el fin de decidir la conveniencia de someter el asunto al juez competente, y también se posibilita que este juez esté en condiciones de ejercer plenamente el control de la legalidad de la decisión adoptada por las autoridades estatales¹⁴⁶³.

Por ello, para paliar de algún modo la inseguridad jurídica creada por la excepción prevista en art. 30.2 de la Directiva 2004/38/CE, acerca de la excepción al derecho de notificación por cuestiones de “seguridad del Estado”, el juez competente del EM debe aplicar las técnicas y normas de derecho procesal que le permitan conciliar tanto las legítimas consideraciones de seguridad del Estado en relación a la naturaleza y fuentes de la información considerada para adoptar una resolución de este tipo; como la necesidad de garantizar los derechos procesales tales como el derecho a ser oído (epígrafe 6) y el principio de contradicción¹⁴⁶⁴. La autoridad nacional debe aportar pruebas que acrediten que la seguridad del Estado se puede ver comprometida en caso de comunicar al interesado, *en extenso*, los motivos que fundamentan la decisión adoptada en virtud del art. 27 de la Directiva 2004/38/CE, así como los correspondientes elementos de prueba¹⁴⁶⁵. Por tanto, el juez nacional competente debe llevar a cabo un examen independiente que examine los motivos de seguridad nacional invocados por las autoridades del EM. Si el juez llega a la conclusión de que la seguridad nacional del Estado no se opone a que se comunique al miembro extranjero de la familia del ciudadano de la UE todas las razones que fundamentan la decisión de limitar su libertad de circulación y residencia, la autoridad nacional debe comunicar los motivos y pruebas que falten en la notificación. Si la seguridad del Estado se opone a tal comunicación, la notificación debe realizarse de modo que se ponderen las exigencias relativas a la seguridad estatal y las consustanciales al derecho a la tutela judicial efectiva¹⁴⁶⁶.

¹⁴⁶³ STJUE de 4 de junio de 2013, ZZ, asunto C-300/11, apdo. 53. En este sentido, STJCE de 3 de septiembre de 2008, *Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión*, asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, apdo. 337.

¹⁴⁶⁴ STJUE de 4 de junio de 2013, ZZ, asunto C-300/11, apdo. 57. *Mutatis mutandis* STJCE de 3 de septiembre de 2008, *Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión*, asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, apdo. 344.

¹⁴⁶⁵ STJUE de 4 de junio de 2013, ZZ, asunto C-300/11, apdo. 61.

¹⁴⁶⁶ STJUE de 4 de junio de 2013, ZZ, asunto C-300/11, apdos. 62 a 64.

5. EL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO

5.1. El derecho a recurrir la decisión de expulsión

Según la CDI el derecho a recurrir la resolución de expulsión es “un derecho que está bien consolidado en el DI”¹⁴⁶⁷. La propuesta de art. 26.1, letra b) exceptúa la aplicación del derecho a recurrir en los casos en los que se oponga a ello razones de imperiosa seguridad nacional. Por su parte, en el art. 13 del PIDCP se recoge el derecho a revisar la decisión de expulsión, pero únicamente a los extranjeros que se hallen legalmente en el territorio de un EP¹⁴⁶⁸. La CDI, en su labor de codificación y desarrollo progresivo del DI, ha querido ir más allá y propone que se reconozcan los derechos procesales contenidos en el art. 26, incluido el derecho a un recurso, a todos los extranjeros con independencia de su situación administrativa regular o irregular¹⁴⁶⁹.

En el ya citado art. 1 del Protocolo 7 al CEDH, letras a) y b), se regula el derecho de un extranjero a exponer las razones que se oponen a su expulsión, así como a que su caso sea examinado. Según el TEDH las citadas disposiciones conllevan que las autoridades nacionales reúnan las pruebas que permitan confirmar o disipar los argumentos sobre los que se sustenta la decisión de expulsión. Por ello, un examen meramente formal en el que el demandante no puede lograr que su caso sea escuchado y revisado de forma genuina a

¹⁴⁶⁷ Proyecto de la CDI, Doc. A/69/10, comentario 3) a la propuesta de art. 26, p. 71. El derecho del extranjero a solicitar la revisión de la decisión de expulsión por un órgano competente se encuentra bien consolidado en el DI convencional al encontrarse reconocido en diversos instrumentos normativos internacionales como el art. 13 del PIDCP; el art. 7 de la DDHINNPV, adoptada por la AGNU en su resolución 40/144, de 13 de diciembre de 1985; el art. 83 de la CIPDTM; el art. 32.1 de la Convención sobre el estatuto de los refugiados; y el art. 32.1 de la Convención sobre el estatuto de los apátridas.

¹⁴⁶⁸ Tanto el art. 13 del PIDCO, como la DDHINNPV, reconocen el derecho a recurrir la decisión de expulsión únicamente a los extranjeros que se hallen legalmente en el territorio de un EP. Pese a que el art. 13 del PIDCP establece que: “el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte [...] se permitirá a tal extranjero [...] someter su caso a revisión ante la autoridad competente”, la Observación general n. 15 del CDH mantiene que: “en la aplicación del artículo 13 no se puede discriminar entre las diferentes categorías de extranjeros”; CDH, Observación general n. 15, “La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto”, 27º período de sesiones (1986), p. 10; en la práctica, CDH, comunicación n. 1937/2010, *Mansour Leghaei et al. c. Australia*, CCPR/C/113/D/1937/2010, 26 de marzo de 2015, p. 7.3. En este sentido también se manifiesta la opinión individual concordante del experto independiente Eckart Klein, al sostener que: “el art. 13 el artículo 13 se aplica a todos los casos en que ha de expulsarse a un extranjero”; CDH, comunicación n. 538/1993, *Stewart c. Canadá*, CCPR/C/58/D/538/1993, 1 de noviembre de 1996, p. 7.3.

¹⁴⁶⁹ En concreto, la CDI reconoce que la legislación interna de varios Estados prevé procedimientos abreviados para la expulsión de extranjeros cuya presencia en el territorio que los expulsa es ilegal, situación que conlleva que estos sujetos a menudo no puedan disfrutar de los derechos procesales que se mencionaron en el apdo. 1 del art. 26. A modo de desarrollo progresivo, quiso reconocer dichos derechos procesales incluso a los extranjeros que se encuentren ilegalmente en el territorio del Estado expulsor; Texto del “Proyecto de artículos sobre expulsión de extranjeros aprobados en primera lectura por la CDI”, en Informe de la CDI, 64º período de sesiones (7 de mayo a 1º de junio y 2 de julio a 3 de agosto de 2012), AGNU. Documentos Oficiales 67º período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/67/10), p. 75.

la luz de los hechos que motivan su expulsión, contradice el Protocolo n. 7 al CEDH¹⁴⁷⁰. Por tanto, para que el recurso pueda ser considerado efectivo en estos términos y no meramente formal, es necesario que el solicitante tenga la oportunidad de exponer las razones que se oponen a su expulsión (epígrafe 6) ante el órgano competente que, en cualquier caso, debe ser independiente e imparcial¹⁴⁷¹.

La segunda parte del art. 1 del Protocolo n. 7 permite, como excepción al principio general, que los extranjeros puedan ser expulsados antes de ejercer los derechos enumerados en la primera parte del precepto, siempre y cuando su expulsión “sea necesaria en interés del orden público o se base en motivos de seguridad nacional”. Con respecto a la segunda parte de la excepción, en el informe explicativo del Protocolo 7, se establece que un Estado que alega motivos de orden público para expulsar a un extranjero antes de ejercer los derechos que le corresponden de conformidad con la primera parte del art. 1 del Protocolo n. 7, debe ser capaz de demostrar que esta medida excepcional es necesaria en el caso particular¹⁴⁷². En este sentido la evaluación de la justificación debe ser llevada a cabo atendiendo al principio de proporcionalidad, según la define el TEDH en su jurisprudencia (Capítulo VI.2.4.)¹⁴⁷³. Con todo, cuando el Estado alega la peligrosidad del sujeto, los argumentos deben referirse a hechos relacionados con la conducta concreta del extranjero, es decir, la acusación no debe estar fundamentada en argumentos de carácter general¹⁴⁷⁴.

El art. 47 de la CDFUE regula el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho que constituye un principio general del DUE. Este precepto de la Carta se basa en el art. 13 del CEDH. Si bien, como se aclara en las explicaciones a la Carta, en el DUE la protección es más amplia que la contemplada en el CEDH, ya que se garantiza el derecho a un recurso efectivo ante un juez¹⁴⁷⁵. El derecho a un recurso efectivo desempeña un papel importante, tanto en relación a la expulsión de extranjeros, como respecto a su acceso al territorio; o

¹⁴⁷⁰ STEDH de 2 de septiembre de 2010, *Kaushal y otros c. Bulgaria*, demanda n. 1537/08, pág. 49; STEDH de 24 de abril de 2008, *C.G. y otros c. Bulgaria*, demanda n. 1365/07, pág. 74. En este sentido, STEDH de 8 de junio de 2006, *Lupsa c. Rumania*, demanda n. 10337/04, págs. 58 a 60; STEDH de 12 de octubre de 2006, *Kaya c. Rumania*, demanda n. 33970/05, págs. 58 a 61. En la doctrina véase, VAN DIJK, P. y VAN HOOFF, G.J.H., *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 3ª ed., Kluwer Law International, The Hague, 1998.

¹⁴⁷¹ STEDH de 12 de julio de 2011, *Baltaji c. Bulgaria*, demanda n. 12919/04, pág. 58.

¹⁴⁷² “Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, European Treaty Series - No. 117. Strasbourg, 22.XI.1984, pág. 15.

¹⁴⁷³ STEDH de 24 de abril de 2008, *C.G. y otros c. Bulgaria*, demanda n. 1365/07, pág. 78.

¹⁴⁷⁴ En este sentido, STEDH de 17 de enero de 2012, *Takush c. Grecia*, demanda n. 2853/09, pág. 63; STEDH de 24 de abril de 2008, *C.G. y otros c. Bulgaria*, demanda n. 1365/07, pág. 43.

¹⁴⁷⁵ Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales (2007/C 303/02) (*DOUE C 303/17*, de 14 de diciembre de 2007), explicación relativa al art. 47.

lo que es lo mismo, tanto frente a los riesgos de una ejecución inmediata de una orden de expulsión, como en el marco de la denegación de protección internacional¹⁴⁷⁶.

En primer lugar, respecto a la expulsión, el Capítulo III de la Directiva 2008/115/CE reconoce una serie de garantías procedimentales. En concreto, el art. 13.1 prevé que el extranjero tiene el derecho efectivo a interponer un recurso contra las decisiones relativas al retorno o a pedir que estas sean revisadas por un órgano jurisdiccional o autoridad administrativa competente. Con ello se pretende garantizar una protección eficaz de los intereses de las personas afectadas y, en especial, que la expulsión se lleve a cabo en unas condiciones humanas y dignas.

En segundo lugar, respecto a los solicitantes de protección internacional, la denegación de protección internacional, por lo general, lleva aparejada la expulsión del extranjero del territorio del EM (Capítulo I). En este sentido, el art. 46.1 de la Directiva 2013/32/UE establece que el solicitante dispone del derecho a un recurso efectivo ante un órgano jurisdiccional contra esa decisión. Asimismo, el art. 46.4 recoge la obligación para los EM de establecer las normas necesarias para que el solicitante pueda ejercer su derecho a un recurso efectivo¹⁴⁷⁷. Si bien no se concretan las diligencias probatorias que

¹⁴⁷⁶ En este sentido, LABAYLE, H. y DE BRUYCKER, P., “L’impact de la jurisprudence de la CEDH et de la CEDH en matière d’asile et d’immigration”, *Parlement Européen, Direction générale des politiques internes, Département thématique, Droits des citoyens et affaires constitutionnelles*, 2012, pp. 63 y 64. Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2012/462438/IPOL-LIBE_ET\(2012\)462438_FR.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2012/462438/IPOL-LIBE_ET(2012)462438_FR.pdf). No obstante, existen otros instrumentos normativos en el marco del DUE, relativas a la expulsión de ciudadanos de la Unión y de nacionales de terceros países, que también contienen el derecho a un recurso. En este sentido cabe mencionar el art. 4 Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países (*DOCE* L 149/34, de 2 de junio de 2001); el art. 12.4 de la Directiva 2003/109/CE; y el art. 31 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los EM. Concretamente, el art. 31 de esta última norma pretende, como mantiene el TJUE, garantizar a los ciudadanos de la UE y sus familiares –que pueden ser extranjeros– la posibilidad de interponer recursos judiciales y, en su caso, administrativos contra las resoluciones que limiten su derecho a la libre circulación y a la libre residencia en los EM; STJUE de 4 de junio de 2013, ZZ, asunto C-300/11, apdo. 47; STJUE de 4 de octubre de 2012, *Byankov*, asunto C-249/11, apdo. 53. En este sentido, “habida cuenta de que la Directiva 2004/38 confiere derechos a título individual, los procedimientos de recurso están destinados a permitir que el interesado alegue circunstancias y consideraciones relativas a su situación individual, para conseguir de las autoridades o de los tribunales nacionales competentes el reconocimiento del derecho individual que pueda corresponderle”; STJUE de 18 de diciembre de 2014, *McCarthy y otros*, asunto C-202/13, apdo. 51. De hecho, la importancia que el TJUE ha atribuido al derecho a un recurso efectivo en este contexto es tal que: “la protección de la seguridad del Estado no puede [...] hacer inefectivo el derecho de éste [el interesado] a interponer los oportunos recursos, tal y como está previsto en el art. 31 de esa misma Directiva”; STJUE de 4 de junio de 2013, ZZ, asunto C-300/11, apdo. 65.

¹⁴⁷⁷ A tenor de lo establecido en el art. 46 de la Directiva 2013/32/UE, los actos contra los que cabe la interposición de un recurso efectivo son: “a) una resolución adoptada sobre su solicitud de protección internacional, incluida: i) la decisión de considerar infundada una solicitud en relación con el estatuto de refugiado y/o el estatuto de protección subsidiaria, ii) la decisión de considerar inadmisibles una solicitud de conformidad con el artículo 33, apartado 2, iii) la decisión adoptada en la frontera o en las zonas de tránsito de un Estado miembro a que se refiere el artículo 43, apartado 1, iv) la decisión de no llevar a cabo

puede ordenar dicho órgano jurisdiccional¹⁴⁷⁸. Ya que la configuración de los procedimientos de recurso contra las denegaciones de protección internacional se sitúa dentro de la autonomía procesal de los EM¹⁴⁷⁹.

Dicha autonomía procesal no es absoluta, puesto que las reglas procesales determinadas de los EM están condicionadas por el cumplimiento de una obligación de resultado: asegurar que el recurso previsto sea conforme al art. 47 de la Carta, lo que constituye una reafirmación del principio de tutela judicial efectiva¹⁴⁸⁰. En este sentido, el citado art. 46 de la Directiva 2013/32/UE exige, de conformidad con el art. 47 de la CDFUE, que los órganos jurisdiccionales nacionales lleven a cabo un análisis profundo, independiente y crítico de todas las cuestiones de hecho y de derecho¹⁴⁸¹.

En el marco de las pocas cuestiones prejudiciales que le han sido planteadas a este respecto, el TJUE aporta algún criterio que permite concretar las acciones a emprender por parte de las autoridades estatales en aras de asegurar la efectividad del recurso. A este respecto mantiene que es necesario que el juez nacional pueda comprobar el carácter fundado de los motivos que llevaron a una autoridad administrativa a considerar que la solicitud de protección era infundada o abusiva¹⁴⁸². Si bien, ninguna disposición de la citada Directiva impone la obligación de celebrar una vista ante el órgano jurisdiccional que conozca del recurso¹⁴⁸³.

Asimismo, dentro de la autonomía procesal que la que disfrutaban los EM para hacer efectivo el recurso previsto en la Directiva 2013/32/UE, los procedimientos previstos a nivel interno deben estar orientados a asegurar el efectivo ejercicio del recurso, con el fin de asegurar la tutela judicial efectiva. Además de procurar la reparación de la eventual lesión denunciada, el recurso debe estar provisto de un procedimiento que no haga muy difícil su ejercicio. Por ejemplo, en relación a los plazos previstos para el ejercicio del recurso que resuelve la solicitud de protección internacional, el TJUE sostiene que el

un examen con arreglo al artículo 39; b) la negativa a reabrir el examen de una solicitud después de su suspensión de conformidad con los artículos 27 y 28; c) una decisión de retirada de la protección internacional con arreglo al artículo 45”.

¹⁴⁷⁸ STJUE de 25 de enero de 2018, *F.*, asunto C-473/16, pág. 43.

¹⁴⁷⁹ En este sentido, STJUE de 17 de marzo de 2016, *Bensada Benallal*, asunto C-161/15, apdo. 24.

¹⁴⁸⁰ STJUE de 26 de julio de 2017, *Moussa Sacko*, asunto C-348/16, apdo. 31; STJUE de 17 de diciembre de 2015, *Amadou Tall*, asunto C-239/14, apdo. 51; STJUE de 18 de diciembre de 2014, *Abdida*, asunto C-562/13, apdo. 45. En este sentido véanse también las conclusiones del AG M. Campos Sánchez-Bordona, presentadas el 6 de abril de 2017, *Moussa Sacko*, asunto C-348/16, punto 44.

¹⁴⁸¹ Conclusiones del AG Nils Wahl, presentadas el 5 de octubre de 2017, *F.*, asunto C-473/16, punto 52.

¹⁴⁸² STJUE de 26 de julio de 2017, *Moussa Sacko*, asunto C-348/16, apdo. 36; STJUE de 28 de julio de 2011, *Samba Diouf*, asunto C-69/10, apdo. 61.

¹⁴⁸³ STJUE de 26 de julio de 2017, *Moussa Sacko*, asunto C-348/16, apdo. 28.

plazo disponible debe ser materialmente suficiente para la preparación e interposición de un recurso judicial efectivo¹⁴⁸⁴.

En consecuencia, pese a la autonomía procesal de los EM en materia de concesión, denegación o retirada de protección internacional, la previsión de un recurso contra tal decisión debe ceñirse a los criterios aportados por el TJUE. Estos aseguran el cumplimiento del art. 47 de la CDFUE con relación a la efectividad del recurso, de conformidad con el art. 13 del CEDH.

5.2. El derecho a un recurso efectivo por las violaciones de derechos humanos cometidas en el marco del procedimiento de expulsión

Como se acaba de explicar, la existencia de un recurso para que el extranjero pueda someter a revisión la decisión por la que se decide su expulsión es una de las garantías procesales más importantes en el procedimiento de expulsión. Sin embargo, de poco sirve la existencia de un recurso si este no cumple con las exigencias mínimas de efectividad¹⁴⁸⁵. En esta dirección, el art. 26.1, letra d) del Proyecto de la CDI reconoce el “derecho de acceso a vías efectivas para recurrir la resolución de expulsión”. No obstante, no precisa el tipo de órgano que debe examinar el recurso contra la resolución de expulsión con el fin de que este resulte eficaz. No se concreta el carácter legal o administrativo del órgano competente de tramitar el recurso.

En concreto, en sus comentarios a esta propuesta, la CDI hace referencia al art. 13 del PIDCP, donde se establece el derecho del extranjero a “someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente”¹⁴⁸⁶. Con relación a este precepto, el CDH sostiene que los EP deben conceder a los extranjeros facilidades para poder interponer los recursos contra su expulsión de forma efectiva en todas las circunstancias de su caso¹⁴⁸⁷. Como ya

¹⁴⁸⁴ STJUE de 28 de julio de 2011, *Samba Diouf*, asunto C-69/10, apdo. 66. En *Samba Diouf* el TJUE consideró que el plazo de quince días en un procedimiento acelerado en principio parecía razonable para preparar y presentar un recurso con carácter efectivo.

¹⁴⁸⁵ Así lo entiende la DUDH al establecer, en su art. 8 que: “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

¹⁴⁸⁶ Proyecto de la CDI, Doc. A/69/10, comentario 5) a la propuesta de art. 26, p. 73. En sentido similar se encuentra redactado el art. 7 de la DDHINNPV. Por su parte, el CERD apunta la necesidad de contar con un recurso efectivo en los supuestos de expulsión, para lo que recomienda a los EP asegurar que los no ciudadanos “tengan igualdad de acceso a recursos eficaces, incluido el derecho a impugnar las órdenes de expulsión, y puedan utilizar efectivamente esos recursos”, CERD, Recomendación General n. 30 “sobre la discriminación contra los no ciudadanos”, 65º período de sesiones (2005), pár. 25.

¹⁴⁸⁷ En este sentido, a juicio del Comité, “las reclamaciones de los extranjeros expulsados ante las representaciones diplomáticas y consulares sirios no constituyen una solución satisfactoria por lo que

se ha apuntado, las garantías contenidas en el art. 13 del Pacto relativas a la apelación y revisión de la expulsión solo pueden dejar de aplicarse por razones imperiosas de seguridad nacional¹⁴⁸⁸. La CIJ interpreta esta restricción en el sentido de que, al configurarse el recurso contra la expulsión como una importante garantía procesal, prevista por un Tratado Internacional, corresponde al Estado demostrar que existen las “razones imperiosas” exigidas por el Pacto, o al menos que razonablemente se llegue a la conclusión de que existían, teniendo en cuenta las circunstancias que rodean la medida de expulsión¹⁴⁸⁹.

Asimismo, varios convenios regionales de protección de los DDHH regulan el derecho a un recurso efectivo ante las eventuales violaciones de los derechos reconocidos en sus respectivos Convenios¹⁴⁹⁰. Como se ha señalado en el anterior epígrafe, del tenor literal del art. 1 del Protocolo n. 7 al CEDH, se debe llegar a la conclusión de que, por un

respecta al Pacto”, Observaciones finales del CDH: República Árabe Siria, CCPR/CO/71/SYR, 24 de abril de 2001, párr. 22. Asimismo, cabe destacar que al margen del art. 13 que contiene el recurso del que puede hacer uso el nacional de un tercer Estado ante la decisión de expulsión, el art. 2.3, letra a) del PIDCP garantiza que: “toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales”.

¹⁴⁸⁸ En la jurisprudencia del Comité véase, CDH, Observación general n. 15, “La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto”, 27º período de sesiones (1986), párr. 10. En la práctica del Comité véase, CDH, comunicación n. 155/1983, *Hammel c. Madagascar*, CCPR/C/29/D/155/1983, 3 de abril de 1987, párr. 19.2.

¹⁴⁸⁹ CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 663, párr. 74. En este sentido, el PIDCP resalta la importancia de la efectividad del recurso en el inciso b) del art. 5.2 del Protocolo facultativo al Pacto, cuya interpretación por el CDH pone de relieve la necesidad de agotar sólo los recursos internos que tengan posibilidades de éxito antes de plantear una comunicación ante el Comité; CDH, comunicación n. 1465/2006, *Kaba c. Canadá*, CCPR/C/98/D/1465/2006, 25 de marzo de 2010, párr. 6.5; CDH, comunicación n. 833/1998, *Karker c. Francia*, CCPR/C/70/D/833/1998, 26 de octubre del 2000, párr. 5.2.

¹⁴⁹⁰ Así lo contiene el art. 25.1 de la CADH; el art. 26.2 de la Carta árabe de derechos humanos; y el art. 7.1, letra e) de la CADHP. Por ejemplo, en el sistema africano, aunque el art. 7.1, letra a) reconoce a todo individuo, con independencia de su nacionalidad “el derecho de apelación a órganos nacionales competentes contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos y garantizados por los convenios, leyes ordenanzas y costumbres vigentes”. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos aplica este artículo en los procedimientos de expulsión de extranjeros en el sentido de que: “considera inadmisibles expulsar a individuos sin darles la posibilidad de exponer sus argumentos ante los tribunales nacionales competentes, por cuanto ello es contrario al espíritu y la letra de la Carta y al derecho internacional”; Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, comunicación n. 159/96, *Union interafricaine des droits de l’homme, Fédération internationale des ligues des droits de l’homme, Rencontre africaine des droits de l’homme, Organisation nationale des droits de l’homme au Sénégal and Association malienne des droits de l’homme c. Angola*, Eleventh Annual Activity Report, 1997-1998, párr. 20. En este sentido, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, comunicación n. 212/98, *Amnesty International c. Zambia*, Twelfth Annual Activity Report, 1998-1999, párr. 53. La jurisprudencia de la CorteIDH, en relación a los recursos previstos ante las eventuales vulneraciones del Convenio, mantiene que: “estos recursos no solo deben existir formalmente en la legislación, sino que deben ser efectivos”; CorteIDH, *Vélez Loor c. Panamá*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 129, 132 y 139; CorteIDH, Opinión Consultiva OC-21/14, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. 19 de agosto de 2014, párr. 206; CorteIDH, Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 17 de septiembre de 2003, párr. 107.

lado, el recurso contemplado en este precepto únicamente es aplicable a la decisión de expulsión y, por otro lado, este artículo solamente es aplicable a los extranjeros que residen legalmente en el territorio de un EP.

Si bien, el art. 13 del CEDH prevé el derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional, en favor de aquellas personas, con independencia de su situación administrativa, cuyos derechos y libertades reconocidos en el CEDH hayan sido violados dentro de la jurisdicción de un EP. Por tanto, este último artículo reconoce el derecho a un recurso efectivo también a los extranjeros irregulares, tanto con relación a la decisión de expulsión, como también por la violación de los derechos reconocidos en el CEDH con ocasión de dicha expulsión; como se demostrará en los siguientes epígrafes.

5.2.1. La naturaleza del art. 13 del CEDH

5.2.1.1. El agotamiento de los recursos internos como manifestación del carácter subsidiario del TEDH

En virtud del art. 1 del CEDH, las autoridades nacionales son las principales responsables de aplicar y hacer cumplir los derechos y libertades garantizados por este texto. Por tanto, el mecanismo de denuncia ante el TEDH es subsidiario de los sistemas nacionales de protección de los DDHH. Este carácter subsidiario se articula en los arts. 13 y 35.1 del CEDH¹⁴⁹¹. De conformidad con el art. 35.1, el TEDH solo puede tratar un asunto una vez se hayan agotado todos los recursos disponibles a nivel interno. Lo que se pretende, por tanto, es que los demandantes brinden la oportunidad a los tribunales de los EP de prevenir o corregir las violaciones de los DDHH que se les imputan. Por ello, el art. 13 del CEDH reconoce la necesidad de que exista un recurso efectivo disponible a nivel nacional, del que pueda hacer uso el individuo ante una presunta violación de sus derechos reconocidos por el CEDH¹⁴⁹².

En su jurisprudencia el TEDH ha puesto de manifiesto la importancia de este precepto, ya que es el pilar sobre el que se apoya la naturaleza subsidiaria del sistema de protección de los DDHH establecido en el CEDH¹⁴⁹³. En consecuencia, el art. 13 cumple

¹⁴⁹¹ STEDH de 13 de diciembre de 2016, *Paposhvili c. Bélgica*, demanda n. 41738/10, párr. 184; STEDH de 23 de marzo de 2016, *F.G. c. Suecia*, demanda n. 43611/11, párrs. 117 y 118; STEDH de 13 de diciembre de 2012, *De Souza Ribeiro c. Francia*, demanda n. 22689/07, párr. 77; STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n. 30696/09, párr. 287.

¹⁴⁹² STEDH de 23 de junio de 2011, *Diallo c. República Checa*, demanda n. 20493/07, párr. 53.

¹⁴⁹³ STEDH de 5 de febrero de 2002, *Čonka c. Bélgica*, demanda n. 51564/99, párr. 84. La regla clásica del agotamiento de los recursos internos, de conformidad con el art. 35.1 del CEDH, es la afirmación más clara

con una doble función dinámica: por un lado, impulsa la eficacia de los demás derechos reconocidos por el CEDH; por otro lado, estimula la eficacia de la protección nacional del CEDH¹⁴⁹⁴. En *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* (Capítulo III.9.2.2.), el TEDH afirma que el mecanismo de denuncia ante él es subsidiario en relación a los sistemas nacionales. Por tanto, este órgano judicial no entra, por ejemplo, a examinar las solicitudes de asilo o a supervisar la forma en la que los Estados cumplen con las obligaciones que les conciernen de conformidad con la Convención de Ginebra. Su única preocupación, en este sentido, es determinar la eficacia de los procedimientos nacionales que protegen al sujeto de una expulsión arbitraria hacia el Estado del que ha huido y garantizar que se respeten los DDHH¹⁴⁹⁵.

En esta dirección, si un EP alega que no se han agotado los recursos internos, le corresponde demostrar ante el TEDH que el recurso al cual tuvo acceso el demandante en el foro interno ha sido eficaz y accesible, tanto en la teoría como en la práctica y en el momento pertinente. Una vez que el Estado cumple con su parte de la carga de la prueba, le corresponde al demandante demostrar que el recurso presentado ante el EP se ha ejercido de hecho o que, por alguna razón, este ha devenido inadecuado e ineficaz, en las circunstancias particulares del caso, o existen circunstancias especiales que le absuelven de agotar los recursos internos¹⁴⁹⁶.

La estrecha afinidad entre el art. 13 y la obligación de agotar los recursos internos en virtud del art. 35.1 del CEDH, conlleva que si no existen recursos internos efectivos que los demandantes puedan agotar, los demandantes pueden presentar una demanda ante el

de que el mecanismo de salvaguarda del CEDH es subsidiario, así como el reconocimiento de la autonomía nacional. Por tanto, el principio de subsidiariedad es consustancial al instrumento convencional; SUDRE, F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9ª ed, Presses Universitaires de France, Paris, 2008, pp. 2004 y 2005.

¹⁴⁹⁴ SUDRE, F., (Dir), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 8ª ed., Presses Universitaires de France, Paris, 2017, p. 481.

¹⁴⁹⁵ STEDH de 23 de julio de 2013, *M.A. c. Chipre*, demanda n. 41872/10, pár. 133; STEDH de 13 de diciembre de 2012, *De Souza Ribeiro c. Francia*, demanda n. 22689/07, pár. 84; STEDH de 2 de febrero de 2012, *I.M. c. Francia*, demanda n. 9152/09, pár. 136; STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n. 30696/09, párs. 286 y 287.

¹⁴⁹⁶ STEDH de 10 de diciembre de 2009, *Koktysh c. Ucrania*, demanda n. 43707/07, pár. 85. En esta demanda el demandante no plantea sus quejas relativas al art. 5 del CEDH ante la administración de los centros de detención pertinente, lo que el Gobierno alega que habría sido un recurso efectivo. No obstante, el TEDH tiene conocimiento a través de instituciones de DDHH, tanto nacionales como internacionales, que las condiciones de detención en los centros en los que se encuentra detenido el demandante no cumplen con los estándares de DDHH. Debido a que el Gobierno no brinda ninguna explicación al TEDH acerca de cómo, de haber planteado una queja ante las autoridades competentes de los centros de detención, hubiera mejorado la situación del demandante –especialmente en relación a las condiciones de detención y traslado–, el Tribunal estima que el recurso, de haber sido planteado, habría sido inadecuado e ineficaz en el caso concreto.

TEDH en virtud del art. 13 junto con otra disposición sustantiva del CEDH¹⁴⁹⁷. Por ello, el requisito del agotamiento de los recursos internos no es absoluto ya que, de conformidad con la exigencia de la “eficacia” del recurso, el TEDH debe valorar no solo que dicho recurso exista en el foro interno, sino también el contexto en el que opera, así como todas las circunstancias concretas del solicitante¹⁴⁹⁸. Por ejemplo, en *Sargsyan c. Azerbaiyán* el Tribunal considera que el Gobierno no satisface la carga de probar que el demandante tiene a su disposición un recurso capaz de proporcionar una reparación adecuada, así como perspectivas razonables de éxito respecto a las reclamaciones del demandante en relación al CEDH¹⁴⁹⁹.

Por tanto los únicos recursos que deben agotarse en virtud del art. 35.1 del CEDH son los recursos disponibles y efectivos relacionados con la violación alegada¹⁵⁰⁰.

5.2.1.2. La naturaleza (in)dependiente del art. 13 del CEDH

El art. 13 del CEDH regula “un derecho dependiente, ya que su objetivo principal es siempre la posible vulneración de otro derecho”¹⁵⁰¹. Dicha dependencia no obstaculiza que se trate de un derecho autónomo, ya que como mantiene el TEDH en *Bubbins c. Reino Unido*, “although it has found that there has been no breach of Article 2 in this case, that does not prevent the applicant’s complaint under that Article from being «arguable» for the purposes of Article 13”¹⁵⁰². La simple posibilidad de que un derecho garantizado por el CEDH haya sido objeto de vulneración es suficiente para que sea de aplicación el art. 13 del CEDH, sin que sea necesaria, en ningún caso, la efectiva vulneración del derecho en cuestión. Por ejemplo, en *Ilias y Ahmed c. Hungría*, se declara inadmisibile la reclamación de los demandantes en lo que respecta al art. 3 del CEDH debido a las

¹⁴⁹⁷ STEDH de 23 de junio de 2011, *Diallo c. República Checa*, demanda n. 20493/07, p. 55.

¹⁴⁹⁸ ARRESE IRIONDO, M.N., “Artículo 13. Derecho a un recurso efectivo”, en LASAGABASTER HERRARTE, I. (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, 3ª edición, Aranzadi, Navarra, 2015, 717-757, p. 750.

¹⁴⁹⁹ STEDH de 16 de junio de 2015, *Sargsyan c. Azerbaiyán*, demanda n. 40167/06, p. 271.

¹⁵⁰⁰ STEDH de 6 de junio de 2013, *Mohammed c. Austria*, demanda n. 2283/12, p. 74; STEDH de 23 de junio de 2011, *Diallo c. República Checa*, demanda n. 20493/07, p. 54. Como señala SALINAS ALCEGA, algunos sistemas jurídicos y administrativos “presentan todavía grandes carencias [...] de manera que las víctimas pueden dirigirse al Tribunal Europeo directamente, puesto que en ocasiones no hay recursos efectivos internos que agotar”; SALINAS ALCEGA, S., *El sistema europeo de protección de los derechos humanos en el siglo XXI. El proceso de reforma para asegurar su eficacia a largo plazo*, Iustel, Madrid, 2009, p. 239.

¹⁵⁰¹ ARRESE IRIONDO, M.N., “Artículo 13. Derecho a un recurso efectivo”, en LASAGABASTER HERRARTE, I. (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, 3ª edición, Aranzadi, Navarra, 2015, 717-757, p. 718.

¹⁵⁰² STEDH de 17 de marzo de 2005, *Bubbins c. Reino Unido*, demanda n. 50196/99, p. 170. En este sentido STEDH de 28 de marzo de 2000, *Mahmut Kaya c. Turquía*, demanda n. 22535/93, p. 107.

condiciones de detención. No obstante, aunque no se constata una violación de dicha disposición, se considera que las reclamaciones presentadas por los demandantes no son manifiestamente infundadas y plantean serias cuestiones de hecho y de derecho que requieren un examen sobre el fondo. Por tanto, aunque no se ha producido una violación del art. 3, sí que se aprecia una violación del art. 13 en relación con el art. 3 del CEDH¹⁵⁰³.

En este sentido, cuando un determinado derecho protegido por el CEDH prevea un procedimiento propio para la presentación de un recurso ante la eventual violación de ese derecho, el art. 13 del CEDH no es de aplicación al caso. Así sucede con el derecho a la libertad y a la seguridad en relación con los supuestos de detención de extranjeros (Capítulo VI.3.1.). En estos casos, una reclamación en virtud del art. 13 será absorbida por una denuncia en virtud del art. 5.4.¹⁵⁰⁴, dado que los requisitos del art. 13 son menos estrictos que los del art. 5.4; este último tiene la consideración de *lex specialis* para las quejas presentadas en virtud del art. 5¹⁵⁰⁵. Por tanto, cuando el TEDH constata una violación del art. 5.4, no considera necesario realizar un examen por separado de la denuncia en conjunto con el art. 13.

5.2.1.3. La noción de “queja defendible” como requisito para el ejercicio de un recurso efectivo

El art. 13 del CEDH exige la disponibilidad a nivel interno de una vía de recurso susceptible de tratar la esencia de una “queja defendible” en virtud del CEDH, con

¹⁵⁰³ STEDH de 14 de marzo de 2017, *Ilias y Ahmed c. Hungría*, demanda n. 47287/15, párs. 90, 99 y 101. En este sentido, STEDH de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia*, demanda n. 16483/12, pár. 269; STEDH de 20 de marzo de 2012, *Yoh-Ekale Mwanje c. Bélgica*, demanda n. 10486/10, pár. 103; STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda n. 27765/09, pár. 201; STEDH de 26 de abril de 2007, *Gebremedhin [Gaberamadhien] c. Francia*, demanda n. 25389/05, pár. 200.

¹⁵⁰⁴ El art. 5.4 del CEDH reza del siguiente modo: “Toda persona privada de su libertad mediante arresto o detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su detención y ordene su puesta en libertad si dicha detención fuera ilegal”.

¹⁵⁰⁵ STEDH de 20 de diciembre de 2016, *Berdzenishvili y otros c. Rusia*, demanda nos. 14594/07, 14597/07, 14976/07, 14978/07, 15221/07, 16369/07 y 16706/07, pár. 127; STEDH de 8 de julio de 2010, *Yuldashev c. Rusia*, demanda n. 1248/09, pár. 114; STEDH de 8 de julio de 2010, *Abdulazhon Isakov c. Rusia*, demanda n. 14049/08, pár. 140; STEDH de 12 de octubre de 2006, *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, demanda n. 13178/03, pár. 110; STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, demanda n. 22414/93, pár. 126. Por tanto, cuando el TEDH evidencia una violación del art. 5.4 del CEDH no considera necesario realizar un examen por separado de la denuncia en virtud del art. 13 del CEDH. En este sentido, el objetivo del art. 5.4 es garantizar que las personas arrestadas y detenidas tengan derecho a una supervisión judicial sobre la legalidad de la medida a la que se encuentran sujetos. Para evidenciar la existencia de tal control judicial los recursos deben estar disponibles durante la detención de la persona, con el fin de que esta pueda obtener una revisión judicial rápida de la legalidad de la detención que sea capaz, en su caso, de conducir a su liberación; STEDH de 12 de octubre de 2006, *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, demanda n. 13178/03, pár. 112; STEDH de 9 de octubre de 2003, *Slivenko c. Letonia*, demanda n. 48321/99, pár. 158.

independencia de la forma en la que estos derechos y libertades se encuentren establecidos en la legislación interna, además de proporcionar una compensación adecuada¹⁵⁰⁶. En este sentido, lo que se entiende por “queja defendible” debe ser determinado a la luz de los hechos particulares y la naturaleza del problema o cuestiones planteadas. Asimismo, “defendible” no significa que el derecho sustantivo haya sido violado¹⁵⁰⁷.

Al margen de estos criterios, el tribunal de Estrasburgo se ha abstenido de dar una definición abstracta de la noción de “queja defendible”. Por el contrario, opta por determinar a la luz de los hechos del caso concreto y de la naturaleza de la cuestión o cuestiones jurídicas planteadas, si una reclamación en virtud del art. 13 es admisible y, de ser así, si los requisitos inherentes a la efectividad del recuso se cumplen en ese caso. Al llevar a cabo su evaluación, el Tribunal también tiene en cuenta consideraciones “on the admissibility of the substantive claim”¹⁵⁰⁸. Sin embargo, que el fondo de la demanda sea declarado inadmisibile no excluye necesariamente la aplicación del art. 13. Por lo que en estos casos cabe el análisis de la eventual vulneración del art. 13¹⁵⁰⁹, dado la relativa naturaleza autónoma de este precepto.

Por ejemplo, si un extranjero alega que su traslado a un tercer Estado vulnera los arts. 2 y 3 del CEDH y, sin embargo, el TEDH mantiene que su expulsión no constituye una amenaza para su vida o integridad física, esta afirmación no representa necesariamente que el demandante pierda su condición de víctima a los efectos del art. 13 del CEDH. Por ejemplo, tanto en *I.M. c. Francia* como en *Gebremedhin c. Francia*, aunque los

¹⁵⁰⁶ Véase en la jurisprudencia, entre otras, STEDH de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia*, demanda n. 16483/12, pár. 265; STEDH de 16 de julio de 2014, *Ališić y otros c. Bosnia y Herzegovina, Croacia, Serbia, Eslovenia y la antigua República Yugoslava de Macedonia*, demanda n. 60642/08, pár. 131; STEDH de 3 de julio de 2014, *Georgia c. Rusia (I)*, demanda n. 13255/07, pár. 210; STEDH de 22 de abril de 2014, *A.C. y otros c. España*, demanda n. 6528/11, pár. 82; STEDH de 13 de diciembre de 2012, *El-Masri c. la antigua República Yugoslava de Macedonia*, demanda n. 39630/09, pár. 255; STEDH de 26 de junio de 2012, *Kurić c. Eslovenia*, demanda n. 26828/06, pár. 369; STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda n. 27765/09, pár. 197; STEDH de 20 de julio de 2010, *A. c. Países Bajos*, demanda n. 4900/06, pár. 155; STEDH de 28 de marzo de 2000, *Mahmut Kaya c. Turquía*, demanda n. 22535/93, pár. 124.

¹⁵⁰⁷ STEDH de 21 de julio de 2015, *H.S. y otros c. Chipre*, demanda n. 41753/10, pár. 282; STEDH de 23 de junio de 2011, *Diallo c. República Checa*, demanda n. 20493/07, pár. 64 y jurisprudencia citada. Por ejemplo, en *Shamayev y otros c. Georgia y Rusia* el TEDH consideró que el temor legítimo de los demandantes de enfrentarse a una amenazada a sus vidas o a un trato contrario al art. 3, teniendo en cuenta la situación en el país de origen de estos, es subjetivamente fundado y se percibe de manera genuina como tal, por tanto, su alegación a los efectos del art. 13 del CEDH es defendible; STEDH de 12 de abril de 2005, *Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*, demanda n. 36378/02, pár. 445.

¹⁵⁰⁸ STEDH de 15 de abril de 2014, *Asalya c. Turquía*, demanda n. 43875/09, pár. 97; STEDH de 7 de enero de 2014, *A.A. c. Suiza*, demanda n. 58802/12, pár. 63; STEDH de 23 de julio de 2013, *M.A. c. Chipre*, demanda n. 41872/10, pár. 117.

¹⁵⁰⁹ STEDH de 22 de julio de 2014, *A.D. y otros c. Turquía*, demanda n. 22681/09, pár. 99; STEDH de 2 de febrero de 2012, *I.M. c. Francia*, demanda n. 9152/09, párs. 94 y 95; STEDH de 26 de abril de 2007, *Gebremedhin [Gaberamadhien] c. Francia*, demanda n. 25389/05, pár. 56.

demandantes ya no pueden considerarse víctimas de una violación del art. 3, se constata que la denuncia plantea otro problema de fondo por el que los demandantes pueden seguir siendo víctimas de una presunta violación del art. 13, en relación con el art. 3¹⁵¹⁰. El mismo enfoque es adoptado en *De Souza Ribeiro* en relación con una demanda planteada en virtud de los arts. 8 y 13 con motivo de la expulsión de extranjeros¹⁵¹¹.

Asimismo, un demandante no puede alegar su condición de víctima por una medida que no es ejecutable¹⁵¹². Esto sucede en los casos en los que la ejecución de una orden de expulsión es suspendida de manera indefinida, o se ha visto privada de efecto legal, así como en supuestos en los que cualquier decisión de las autoridades para proceder a la expulsión puede ser apelada ante los tribunales pertinentes¹⁵¹³. No obstante, como se ha señalado en líneas anteriores, la eventual pérdida de la condición de víctima con arreglo al art. 3 del CEDH en caso de expulsión, no puede dispensar al Estado automática y retroactivamente de las obligaciones que le impone el art. 13. En particular, cuando pueda demostrarse que un demandante tiene una “queja defendible” en virtud del art. 3 del CEDH en el momento en el que se encuentra bajo la inminente amenaza de ser expulsado¹⁵¹⁴.

5.2.2. Características intrínsecas del término “efectivo” en relación al recurso previsto por el CEDH

El alcance de las obligaciones de los EP en virtud del art. 13 varía según la naturaleza de la reclamación hecha por el demandante. Los EP disfrutan de un margen de apreciación en cuanto a la forma mediante la que deben ajustar sus obligaciones a la citada disposición¹⁵¹⁵. Este margen de apreciación permite que el art. 13 del CEDH no exija una

¹⁵¹⁰ STEDH de 2 de febrero de 2012, *I.M. c. Francia*, demanda n. 9152/09, pár. 100; STEDH de 26 de abril de 2007, *Gebremedhin [Gaberamadhien] c. Francia*, demanda n. 25389/05, pár. 55. En este sentido véase también, STEDH de 22 de julio de 2014, *A.D. y otros c. Turquía*, demanda n. 22681/09, pár. 93; STEDH de 23 de julio de 2013, *M.A. c. Chipre*, demanda n. 41872/10, pár. 120.

¹⁵¹¹ STEDH de 13 de diciembre de 2012, *De Souza Ribeiro c. Francia*, demanda n. 22689/07, párs. 84 a 100, leído junto con STEDH de 20 de junio de 2011, *De Souza Ribeiro c. France*, demanda n. 22689/07, párs. 22 a 26.

¹⁵¹² STEDH de 12 de enero de 2017, *Kebe y otros c. Ucrania*, demanda n. 12552/12, párs. 86 y 95; STEDH de 1 de marzo de 2005 (decisión de admisibilidad), *Etanji c. Francia*, demanda n. 60411/00.

¹⁵¹³ STEDH de 17 de octubre de 2013, *Budrevich c. República Checa*, demanda n. 65303/10, párs. 64 a 72; STEDH de 16 de octubre de 2012, *Rakhmonov c. Rusia*, demanda n. 50031/11, párs. 34 a 37.

¹⁵¹⁴ STEDH de 12 de enero de 2017, *Kebe y otros c. Ucrania*, demanda n. 12552/12, pár. 89; STEDH de 22 de julio de 2014, *A.D. y otros c. Turquía*, demanda n. 22681/09, pár. 88; STEDH de 17 de octubre de 2013, *Budrevich c. República Checa*, demanda n. 65303/10, pár. 81.

¹⁵¹⁵ STEDH de 13 de diciembre de 2012, *El-Masri c. la antigua República Yugoslava de Macedonia*, demanda n. 39630/09, pár. 255; STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n. 30696/09, pár. 291; STEDH de 20 de julio de 2010, *A. c. Países Bajos*, demanda n. 4900/06, pár. 155;

forma particular de reparación¹⁵¹⁶. En este sentido, la eficacia de un recurso, de acuerdo al art. 13, no depende de la certeza de un resultado favorable para el solicitante¹⁵¹⁷. Si bien es cierto que las exigencias del art. 13, al igual que las del resto de disposiciones del CEDH, adoptan la forma de garantía y no de mera declaración de intenciones o de arreglo práctico, por lo que no dependen de la buena voluntad del EP. Esta es una de las consecuencias de la preeminencia del derecho, uno de los principios fundamentales de una sociedad democrática, inherente al conjunto de los artículos del CEDH¹⁵¹⁸. En este sentido, el TEDH rechaza los argumentos presentados en supuestos de expulsión en los que se defiende la suficiencia de un efecto suspensivo “en la práctica” (epígrafe 3.2.3.)¹⁵¹⁹. Además, pone de manifiesto los riesgos que conlleva un sistema en el que la suspensión de la ejecución de expulsión debe ser solicitada y se otorga sobre el criterio del caso por caso¹⁵²⁰.

Así las cosas, el cumplimiento del art. 13 del CEDH exige que el recurso sea efectivo tanto en la ley así como en la práctica¹⁵²¹. En esta dirección, el art. 13 no exige que se examine de manera abstracta la compatibilidad de la ley y la práctica nacional pertinente con el CEDH. Se debe determinar si existe un recurso compatible con el art. 13 del CEDH

STEDH de 12 de abril de 2005, *Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*, demanda n. 36378/02, párr. 444; STEDH de 6 de marzo de 2001, *Hilal c. Reino Unido*, demanda n. 45276/99, párr. 75; STEDH de 6 de febrero de 2001, *Bensaid c. Reino Unido*, demanda n. 44599/98, párr. 53; STEDH de 11 de julio de 2000, *Jabari c. Turquía*, demanda n. 40035/98, párr. 48; STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, demanda n. 22414/93, párr. 145.

¹⁵¹⁶ STEDH de 13 de diciembre de 2012, *De Souza Ribeiro c. Francia*, demanda n. 22689/07, párr. 85; STEDH de 12 de abril de 2005, *Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*, demanda n. 36378/02, párr. 446; STEDH de 11 de julio de 2000, *G.H.H. y otros c. Turquía*, demanda n. 43258/98, párr. 36; STEDH de 30 de octubre de 1991, *Vilvarajah y otros c. Reino Unido*, demandas nos. 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87, párr. 122.

¹⁵¹⁷ STEDH de 12 de enero de 2016, *M.R.A. y otros c. Países Bajos*, demanda n. 46856/07, párr. 114; STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n. 30696/09, párr. 289; STEDH de 20 de julio de 2010, *A. c. Países Bajos*, demanda n. 4900/06, párr. 156; STEDH de 11 de enero de 2007, *Salah Sheekh c. Países Bajos*, demanda n. 1948/04, párr. 154; STEDH de 6 de marzo de 2001, *Hilal c. Reino Unido*, demanda n. 45276/99, párr. 78; STEDH de 6 de febrero de 2001, *Bensaid c. Reino Unido*, demanda n. 44599/98, párr. 56.

¹⁵¹⁸ STEDH de 5 de julio de 2016, *A.M. c. Países Bajos*, demanda n. 29094/09, párr. 63; STEDH de 5 de febrero de 2002, *Čonka c. Bélgica*, demanda n. 51564/99, párr. 83.

¹⁵¹⁹ STEDH de 26 de abril de 2007, *Gebremedhin [Gaberamadhien] c. Francia*, demanda n. 25389/05, párr. 66; STEDH de 5 de febrero de 2002, *Čonka c. Bélgica*, demanda n. 51564/99, párrs. 81 a 83.

¹⁵²⁰ STEDH de 14 de febrero de 2017, *S.K. c. Rusia*, demanda n. 52722/15, párr. 76; STEDH de 23 de julio de 2013, *M.A. c. Chipre*, demanda n. 41872/10, párr. 137; STEDH de 5 de febrero de 2002, *Čonka c. Bélgica*, demanda n. 51564/99, párr. 82.

¹⁵²¹ STEDH de 3 de octubre de 2017, *N.D. y N.T. c. España*, demandas nos. 8675/15 y 8697/15, párrs. 120 y 114; STEDH de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia*, demanda n. 16483/12, párr. 268; STEDH de 13 de diciembre de 2012, *De Souza Ribeiro c. Francia*, demanda n. 22689/07, párr. 78; STEDH de 2 de febrero de 2012, *I.M. c. Francia*, demanda n. 9152/09, párr. 128; STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n. 30696/09, párr. 288; STEDH de 22 de septiembre de 2009, *Abdolkhani y Karimnia c. Turquía*, demanda n. 30471/08, párr. 115; STEDH de 5 de febrero de 2002, *Čonka c. Bélgica*, demanda n. 51564/99, párr. 74.

disponible a nivel interno que otorgue al solicitante la reparación adecuada en relación con su denuncia¹⁵²². Además el término “eficacia” exige los requisitos de accesibilidad y previsibilidad; esto es, para que el recurso pueda ser considerado eficaz debe estar disponible, especialmente en el sentido de que su ejercicio no sea obstaculizado de manera arbitraria, tanto por actos como por omisiones de las autoridades estatales del Estado demandado¹⁵²³. Asimismo, el término “efectividad” lleva consigo unas exigencias en términos de calidad, rapidez y efecto suspensivo. La cuestión referida al efecto suspensivo del recurso será objeto de análisis en el epígrafe 5.2.3. del presente Capítulo.

Por un lado, la “rapidez” del recurso merece una especial atención, ya que un recurso de duración excesiva puede convertirse en inadecuado y menoscabar la esencia del art. 13 del CEDH¹⁵²⁴. Por el contrario, si la ejecución de una orden de expulsión es demasiado rápida, los recursos disponibles pueden devenir ineficaces en la práctica y, por tanto, inaccesibles. La rapidez con la que se tramita un recurso no debe suponer un obstáculo injustificado para hacer uso de esta garantía procesal ya que, en ningún caso, la rapidez del recurso puede tener prioridad sobre la eficacia del mismo¹⁵²⁵. En este sentido, es importante que se le comunique la orden de la expulsión al extranjero con suficiente antelación, para poder hacer uso de la información dirigida a presentar un recurso contra dicha orden (epígrafe 4).

Por ejemplo, en *Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*, el TEDH considera inaceptable que una persona conozca que va a ser expulsada momentos antes de ser llevada al

¹⁵²² STEDH de 20 de diciembre de 2016, *Shioshvili y otros c. Rusia*, demanda n. 19356/07, pár. 88; STEDH de 20 de julio de 2010, *A. c. Países Bajos*, demanda n. 4900/06, pár. 156; STEDH de 10 de junio de 2010, *Garayev c. Azerbaiyán*, demanda n. 53688/08, pár. 83.

¹⁵²³ STEDH de 2 de febrero de 2012, *I.M. c. Francia*, demanda n. 9152/09, pár. 130; STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n. 30696/09, pár. 290; STEDH de 12 de abril de 2005, *Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*, demanda n. 36378/02, pár. 447; STEDH de 8 de julio de 1999, *Çakici c. Turquía*, demanda n. 23657/94, pár. 112. En *Çonka c. Bélgica* se identifican una serie de factores que afectan a la accesibilidad del recurso que el Gobierno alega que los demandantes no ejercieron. Estos factores incluyen que la información sobre los recursos disponibles entregados a los demandantes a su llegada a la estación de policía estaba impresa en caracteres minúsculos y en un idioma que no entendían; solo un intérprete estaba disponible para ayudar al gran número de familias romanes que acudieron a la estación de policía a entender las comunicaciones verbales y escritas que se les habían sido enviadas y, aunque el intérprete estaba presente en la estación de policía, no se quedó con ellos en el centro cerrado. En esas circunstancias, el TEDH mantiene que, sin duda, los solicitantes tenían pocas posibilidades de poder ponerse en contacto con un abogado de la estación de policía con la ayuda del intérprete y, aunque podrían haber contactado telefónicamente con un abogado del centro de tránsito cerrado, en este caso ya no habrían sido capaces de recurrir a los servicios del intérprete. A pesar de esas dificultades, las autoridades no ofrecieron ningún tipo de asistencia jurídica ni en la estación de policía ni en el centro; STEDH de 5 de febrero de 2002, *Çonka c. Bélgica*, demanda n. 51564/99, pár. 44.

¹⁵²⁴ STEDH de 22 de julio de 2014, *A.D. y otros c. Turquía*, demanda n. 22681/09, pár. 102; STEDH de 22 de abril de 2014, *A.C. y otros c. España*, demanda n. 6528/11, pár. 89.

¹⁵²⁵ STEDH de 13 de diciembre de 2012, *De Souza Ribeiro c. Francia*, demanda n. 22689/07, párs. 95 y 96.

aeropuerto; más aún si la razón por la cual ha huido de su país de origen ha sido el temor a un trato contrario a los arts. 2 y 3 del CEDH. No es necesario entrar a valorar la eficacia del recurso, dado que los extranjeros no tienen la oportunidad de presentar sus denuncias en virtud de estos preceptos ante una autoridad nacional, dado el poco margen de tiempo que les es concedido para ello antes de la expulsión¹⁵²⁶.

No obstante, la efectividad de un recurso no puede interpretarse como una obligación para el EP de dar una respuesta detallada a todos los argumentos presentados por un demandante; únicamente exige la existencia de un recurso accesible ante una autoridad competente, quien debe examinar el fondo de una denuncia¹⁵²⁷.

Por otro lado, otro factor intrínseco a las exigencias derivadas del art. 13 es la “calidad” del recurso. Dado que el CEDH protege derechos concretos y efectivos y no teóricos o ilusorios, no se puede evaluar el acceso práctico a un recurso sin tomar en cuenta las barreras lingüísticas, la posibilidad de acceso a la información necesaria o, con carácter general, las condiciones materiales con las que el interesado puede enfrentarse en un supuesto concreto¹⁵²⁸. Además de la rapidez en la tramitación del recurso, la eficacia del mismo se cifra en la recepción por parte del demandante de información sobre los trámites a seguir; las instancias a las que dirigirse; el acceso a organizaciones que ofrecen asesoramiento y orientación jurídica¹⁵²⁹; la eliminación de barreras lingüísticas; así como cualquier otra circunstancia que dificulte el acceso al recurso. La ausencia de tal información puede ser considerada como un obstáculo en el acceso al recurso de acuerdo con el art. 13 del CEDH, en especial, si se trata de solicitantes de asilo¹⁵³⁰.

¹⁵²⁶ STEDH de 12 de abril de 2005, *Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*, demanda n. 36378/02, párs. 460 a 462. En este sentido, STEDH de 20 de diciembre de 2016, *Dzidzava c. Rusia*, demanda n. 16363/07, pár. 74.

¹⁵²⁷ STEDH de 3 de noviembre de 2011, *Arvelo Aponte c. Países Bajos*, demanda n. 28770/05, pár. 67. En este asunto la demandante alegaba la vulneración del art. 13 debido a la falta de motivación suficiente de la decisión final dictada en su caso.

¹⁵²⁸ STEDH de 21 de octubre de 2014, *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, demanda n. 16643/09, pár. 168; STEDH de 2 de febrero de 2012, *I.M. c. Francia*, demanda n. 9152/09, párs. 145-148; STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n. 30696/09, párs. 301 a 318.

¹⁵²⁹ En *Alimov c. Turquía* el TEDH constata que el demandante no ha tenido acceso a asistencia letrada durante su detención en el centro de detención del aeropuerto, y que esta falta de acceso le ha impedido hacer uso de los recursos legales disponibles; STEDH de 6 de septiembre de 2016, *Alimov c. Turquía*, demanda n. 14344/13, pár. 66. En este sentido, STEDH de 21 de octubre de 2014, *T. y A. c. Turquía*, demanda n. 47146/11, pár. 86; STEDH de 22 de septiembre de 2009, *Abdolkhani y Karimnia c. Turquía*, demanda n. 30471/08, párs. 25 a 26.

¹⁵³⁰ El TEDH afirma la importancia de garantizar a toda persona sometida a una medida de expulsión, cuyas consecuencias son potencialmente irreversibles, de que obtenga el derecho a obtener suficiente información como para poder tener acceso a los procedimientos aplicables y argumentar debidamente sus quejas; STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda n. 27765/09, pár. 204. En este sentido, STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n. 30696/09, pár. 31; STEDH de 11 de julio de 2000, *G.H.H. y otros c. Turquía*, demanda n. 43258/98, pár. 32.

Los derechos procesales y materiales reconocidos a los solicitantes de asilo comienzan desde que estos presentan una solicitud de asilo. Por ello, el TEDH valora de forma positiva que tanto la Directiva 2013/32/UE como el Reglamento Dublín III tengan como objetivo garantizar el acceso de los potenciales solicitantes de protección internacional al procedimiento por el que les pueda ser concedido tal estatuto. Para ello es esencial el acceso a toda la información completa y comprensible¹⁵³¹.

Por todo lo anterior, si en un caso se constata que la expulsión es contraria al CEDH, los sujetos afectados deben de tener acceso a un recurso efectivo en el foro interno, que permita un control “atento y riguroso de su solicitud antes de su devolución”¹⁵³². El tribunal de Estrasburgo es meridianamente claro al determinar que el acceso a un recurso en la práctica es decisivo a la hora de evaluar su eficacia¹⁵³³. La exigencia y eficacia del recurso debe poder ser capaz de cuestionar el carácter de la expulsión por lo que, en este sentido, el derecho a un recurso efectivo es considerado como una garantía en contra de la arbitrariedad. Además permite cuestionar si la expulsión es o no legítima, a partir de un proceso con todas las garantías¹⁵³⁴.

En otro orden de cosas, los procedimientos de revisión judicial constituyen, en principio, un recurso efectivo en el sentido del art. 13, con respecto a las denuncias planteadas en el contexto de la expulsión. No obstante, la efectividad del recurso se encuentra condicionada: por una parte, a que los tribunales puedan revisar de manera efectiva la legalidad, tanto de los motivos como del procedimiento adoptado por las autoridades estatales en relación con la expulsión y, por otra parte, a que los tribunales puedan anular las decisiones de expulsión en los casos en que así corresponda¹⁵³⁵.

¹⁵³¹ STEDH de 21 de octubre de 2014, *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, demanda n. 16643/09, párr. 169. La importancia de que la normativa europea en materia de asilo se adecue a lo establecido por la jurisprudencia del TEDH en relación al art. 13 del CEDH ha sido puesto de manifiesto por la doctrina, en concreto, GUILD, E., “Jurisprudence of the European Court of the of Human Rights: lessons for the EU asylum policy”, en DIAS URBANO DE SOUSA, C. y DE BRUYCKER, Ph. (Dir.), *L'émergence d'une politique européenne d'asile*, Bruylant, Bruselas, 2004, 329-342, p. 340.

¹⁵³² STEDH de 3 de octubre de 2017, *N.D. y N.T. c. España*, demandas nos. 8675/15 y 8697/15, párrs. 120 y 121. Véase una aplicación de este criterio al caso concreto en STEDH de 17 de enero de 2012, *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, demanda n. 8139/09, párr. 223.

¹⁵³³ STEDH de 2 de febrero de 2012, *I.M. c. Francia*, demanda n. 9152/09, párr. 150; STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n. 30696/09, párr. 318. Así lo manifiesta el COE en la directriz 5, apdo. 2, “Twenty Guidelines on Forced Returns”, CM(2005)40 final. Strasbourg, 9 may 2005 final.

¹⁵³⁴ CERIANI CERNADAS, P., “Control migratorio europeo en territorio africano: la omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, año 6, n. 10, 2009, 189-216, p. 202.

¹⁵³⁵ STEDH de 14 de febrero de 2017, *S.K. c. Rusia*, demanda n. 52722/15, párr. 72; STEDH de 31 de julio de 2014, *Tershiyev c. Azerbaiyán*, demanda n. 10226/13, párr. 71; STEDH de 14 de noviembre de 2013, *Chankayev c. Azerbaiyán*, demanda n. 56688/12, párr. 93; STEDH de 3 de marzo de 2011, *Elmuratov c. Rusia*, demanda n. 66317/09, párr. 126; STEDH de 29 de julio de 2010, *Karimov c. Rusia*, demanda n. 54219/08, párr. 134; STEDH de 20 de julio de 2010, *A. c. Países Bajos*, demanda n. 4900/06, párr. 158;

Para que un recurso sea “eficaz” no se exige que la instancia nacional a que se refiere el art. 13 deba ser, necesariamente, una instancia judicial. Tanto los poderes de la instancia, como las garantías que presenta, son elementos que permiten valorar la efectividad del recurso. Por tanto, serán las facultades y garantías procesales las que determinan si el recurso es o no efectivo¹⁵³⁶. Por ello, cuando la autoridad que conoce del recurso no sea judicial, el TEDH debe asegurarse de verificar su independencia y garantías ofrecidas a los demandantes¹⁵³⁷.

Cuando ninguno de los recursos disponibles en el foro interno cumpla las exigencias del art. 13 pero, en cambio, el conjunto de los recursos ofrecidos por el derecho interno sí que cumple con los requisitos derivados del derecho a un recurso efectivo en el sentido del art. 13, en este último caso se puede considerar que también se da cumplimiento a este precepto¹⁵³⁸. El TEDH ha establecido los requisitos necesarios para considerar el recurso efectivo, a los efectos del art. 13. Por ejemplo, si un demandante tiene un argumento defendible acerca del maltrato sufrido por agentes del Estado, la noción de “recurso efectivo” implica, además del pago de una indemnización cuando corresponda, una investigación exhaustiva y efectiva que sea capaz de identificar y sancionar a los responsables. Además del acceso efectivo del demandante al procedimiento de investigación¹⁵³⁹. El TEDH sostiene que las obligaciones que impone el art. 13 son más amplias que las obligaciones de los EP en virtud de los arts. 3 y 5 del CEDH (Capítulos

Universitat d'Alacant

STEDH de 8 de julio de 2010, *Abdulzhon Isakov c. Rusia*, demanda n. 14049/08, párr. 137; STEDH de 8 de julio de 2010, *Yuldashev c. Rusia*, demanda n. 1248/09, párr. 111; STEDH de 10 de junio de 2010, *Garayev c. Azerbaiyán*, demanda n. 53688/08, párr. 84; STEDH de 18 de febrero de 2010, *Baysakov y otros c. Ucrania*, demanda n. 54131/08, párr. 75; STEDH de 11 de diciembre de 2008, *Muminov c. Rusia*, demanda n. 42502/06, párr. 102; STEDH de 23 de octubre de 2008, *Soldatenko c. Ucrania*, demanda n. 2440/07, párr. 45; STEDH de 6 de marzo de 2001, *Hilal c. Reino Unido*, demanda n. 45276/99, párr. 77; STEDH de 30 de octubre de 1991, *Vilvarajah y otros c. Reino Unido*, demandas nos. 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87, párr. 120.

¹⁵³⁶ STEDH de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia*, demanda n. 16483/12, párr. 268; STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n. 30696/09, párr. 289; STEDH de 26 de abril de 2007, *Gebremedhin [Gaberamadhien] c. Francia*, demanda n. 25389/05, párr. 53; STEDH de 5 de febrero de 2002, *Čonka c. Bélgica*, demanda n. 51564/99, párr. 75.

¹⁵³⁷ STEDH de 14 de febrero de 2017, *S.K. c. Rusia*, demanda n. 52722/15, párr. 71; STEDH de 13 de diciembre de 2012, *De Souza Ribeiro c. Francia*, demanda n. 22689/07, párr. 79.

¹⁵³⁸ STEDH de 12 de enero de 2017, *Abuhmaid c. Ucrania*, demanda n. 31183/13, párr. 126; STEDH de 22 de abril de 2014, *A.C. y otros c. España*, demanda n. 6528/11, párr. 84; STEDH de 2 de febrero de 2012, *I.M. c. Francia*, demanda n. 9152/09, párr. 129; STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n. 30696/09, párr. 289; STEDH de 26 de abril de 2007, *Gebremedhin [Gaberamadhien] c. Francia*, demanda n. 25389/05, párr. 53; STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, demanda n. 22414/93, párr. 145.

¹⁵³⁹ STEDH de 13 de diciembre de 2012, *El-Masri c. la antigua República Yugoslava de Macedonia*, demanda n. 39630/09, párr. 255. En este sentido, aplicado en otro contexto distinto al de la expulsión de extranjeros, véase, STEDH de 24 de mayo de 2005, *Süheyla Aydin c. Turquía*, demanda n. 25660/94, párr. 208; STEDH de 13 de junio de 2002, *Anguelova c. Bulgaria*, demanda n. 38361/97, párrs. 161 y 162.

III y VI respectivamente), en lo que se refiere a la investigación efectiva por la desaparición de una persona que se demuestra que se encuentra bajo el control de un EP y, por tanto, de cuyo bienestar es responsable¹⁵⁴⁰.

Por ejemplo, en *Xenides-Arestis c. Turquía* el TEDH tiene que abordar la situación de violación del derecho a la propiedad de los demandantes, que son refugiados. En este caso determina que los recursos disponibles en la TRNC –República turca de Chipre septentrional, más conocida como Chipre del Norte–, con respecto a la pérdida de acceso y disfrute de la propiedad y el hogar son ineficaces¹⁵⁴¹. En un caso posterior, *Demopoulos y otros c. Turquía*, el TEDH constata como la TRNC ha modificado la eficacia de los recursos desde *Xenides-Arestis c. Turquía*, por lo que declara la demanda inadmisibles¹⁵⁴². El análisis detallado que el TEDH lleva a cabo en *Demopoulos y otros* sobre la efectividad de los recursos, pone de manifiesto que el TEDH exige a los EP evidencias sustanciales que demuestren en la práctica la efectividad los recursos aplicados al caso concreto.

¹⁵⁴⁰ STEDH de 13 de diciembre de 2012, *El-Masri c. la antigua República Yugoslava de Macedonia*, demanda n. 39630/09, párr. 256 y jurisprudencia citada. En esta demanda, se determina la vulneración del art. 13 del CEDH dado que, entre otras razones, no podía determinar que el enfoque superficial que adopta el fiscal pudiera ser compatible con el deber de llevar a cabo una investigación sobre las alegaciones de malos tratos y privación ilegal de libertad del demandante; además del reconocimiento por parte del Gobierno del EP de la falta de un recurso efectivo en el momento pertinente. No obstante, se ha puesto de manifiesto lo recomendable que puede resultar para los extranjeros alegar tanto el art. 3 y 13 del CEDH cada vez que surja una cuestión de procedimiento, dado que los requisitos del mismo son básicamente los mismos; VV.AA., *INTERIGHTS Manual for Lawyers – Prohibition of Torture, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment under the ECHR (Article 3)*, Interights, Londres, 2009, p. 66. En cambio, se ha señalado que: “no es necesario invocar el artículo 13 cuando el agravio se fundamenta en otra disposición que implícitamente ya exige el recurso, por ejemplo, en el caso del control de la legalidad de las detenciones en el artículo 5.4”; CASADEVALL, J., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 394.

¹⁵⁴¹ STEDH de 22 de diciembre de 2005 (decisión de admisibilidad), *Xenides-Arestis c. Turquía*, demanda n. 46347/99.

¹⁵⁴² Concretamente en *Demopoulos y otros* el TEDH, del examen detallado de la efectividad de los recursos disponibles realizado por el TEDH permite constatar que los procedimientos llevados a cabo ante la Comisión de Bienes Inmuebles constituyen un recurso efectivo. Para llegar a tal conclusión observa que, en particular, la citada comisión, que incluye a dos miembros independientes de carácter internacional, ha estado funcionando durante cuatro años; ha concluido ochenta y cinco solicitudes y otras trescientas reclamaciones se encontraban pendientes de tramitación ante ella; no se evidencia que los procesos tienen una duración irracional; la comisión ha pagado sumas importantes de dinero a modo de compensación; las reclamaciones también podrían hacerse respecto del daño inmaterial, incluidos los aspectos relativos a la pérdida de disfrute del hogar; el intercambio de propiedad se ha efectuado en varios casos y; existe un derecho a apelar ante un tribunal; STEDH de 1 de marzo de 2010 (decisión de admisibilidad), *Demopoulos y otros c. Turquía*, demandas nos. 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04, 21819/04, párrs. 104 a 129. En este sentido véase, STEDH de 12 de enero de 2006 (decisión de admisibilidad), *Içyer c. Turquía*, demanda n. 18888/02.

5.2.3. El efecto suspensivo del recurso

Las exigencias requeridas para que el recurso sea considerado efectivo varían en función de cuál es el derecho principal que, *a priori*, es objeto de vulneración¹⁵⁴³. Según la propuesta de art. 27 del Proyecto de la CDI titulado “efecto suspensivo del recurso contra la resolución de expulsión”:

“El recurso interpuesto por un extranjero objeto de expulsión que se encuentre legalmente en el territorio del Estado expulsor contra una resolución de expulsión tendrá un efecto suspensivo de dicha resolución cuando haya un riesgo real de perjuicio grave e irreversible”.

La falta de normas internacionales que reconozcan el efecto suspensivo del recurso de manera expresa y con alcance general, unida a la inexistencia de una práctica uniforme, lleva a la CDI a situar su propuesta de art. 27 como desarrollo progresivo del DI¹⁵⁴⁴. A pesar de que el propio Ponente Kamto había manifestado sus dudas acerca de que dicha propuesta tuviera fundamento debido a que:

“La consagración del principio del efecto suspensivo del recurso supondría romper el equilibrio que debe existir en el ámbito de la expulsión entre el derecho del Estado a expulsar y el debido respeto a los derechos humanos del extranjero afectado”¹⁵⁴⁵.

Pero finalmente la CDI consideró justificada la inclusión de esta propuesta en su Proyecto¹⁵⁴⁶. Si bien, el efecto suspensivo del recurso contra la resolución de expulsión está supeditado a un límite doble: en primer lugar únicamente tendrá efecto suspensivo el recurso interpuesto por un extranjero objeto de expulsión que se encuentre *legalmente* en el territorio del Estado expulsor¹⁵⁴⁷; y, en segundo lugar, solamente obra el efecto

¹⁵⁴³ ARRESE IRIONDO, M.N., “Artículo 13. Derecho a un recurso efectivo”, en LASAGABASTER HERRARTE, I. (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, 3ª edición, Aranzadi, Navarra, 2015, 717-757, p. 727.

¹⁵⁴⁴ Proyecto de la CDI, Doc. A/69/10, comentario 1) a la propuesta de art. 27, p. 79.

¹⁵⁴⁵ CDI, “Sexto informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial”, adición segunda, A/CN.4/625/Add.2, 9 de julio de 2010, p. 55.

¹⁵⁴⁶ En concreto, argumenta su pertinencia bajo el argumento acerca de que: “el recurso no sería muy eficaz habida cuenta de los obstáculos, en especial de carácter económico, que podría encontrar para su regreso un extranjero que hubiera tenido que abandonar mientras tanto el territorio del Estado expulsor a consecuencia de una resolución de expulsión cuyo carácter solo se determinaría después de su salida”; Proyecto de la CDI, Doc. A/69/10, comentario 2) a la propuesta de art. 27, p. 80.

¹⁵⁴⁷ *Cursiva añadida*. A este respecto, en los comentarios al primer Proyecto de la CDI mantiene que algunos de sus miembros “hubiesen preferido que la Comisión reconociera, desde una perspectiva de desarrollo progresivo, el efecto suspensivo no solo de un recurso interpuesto por un extranjero legalmente presente en el territorio del Estado expulsor, sino también de un recurso interpuesto por ciertas categorías de extranjeros

suspensivo del recurso “cuando haya un riesgo real de perjuicio grave e irreversible”. Este segundo límite no se preveía en el texto adoptado en primera lectura, pero se incluyó a raíz de las posturas manifestadas por algunos Estados¹⁵⁴⁸. Además, Estados como España, u OOII, como la UE, manifestaron su negativa a reconocer un efecto suspensivo de los recursos contra las decisiones de expulsión en cualquier caso y solicitaron a la CDI que eliminara dicha disposición, con el argumento común de que la práctica estatal en este ámbito era insuficiente¹⁵⁴⁹.

El único instrumento normativo con vocación universal que explícitamente faculta al recurso para que este pueda adquirir carácter suspensivo ante la decisión de expulsión es el art. 22.4 de la CIPDTM de 1990¹⁵⁵⁰. Sin embargo, esta disposición se encuentra

que, aunque presentes ilegalmente en dicho territorio, hubiesen permanecido en él durante un cierto período o cumplieran otras condiciones relativas, en particular, a un nivel suficiente de integración (social, económica, familiar o de otro tipo) en el Estado expulsor”; Comentario 3) al Texto del “Proyecto de artículos sobre expulsión de extranjeros aprobados en primera lectura por la CDI”, en Informe de la CDI, 64º período de sesiones (7 de mayo a 1º de junio y 2 de julio a 3 de agosto de 2012), AGNU. Documentos Oficiales 67º período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/67/10), p. 76.

¹⁵⁴⁸ Algunos Estados consideraron que debería enmendarse la disposición incluyendo este segundo límite: CDI, “Noveno informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/670, 25 de marzo de 2014, párs. 62 y 63. Por ejemplo, El Salvador argumenta que si bien, el efecto suspensivo no debería constituir una regla general, debería depender de la necesidad de asegurar un derecho, debido al peligro de que este se vea lesionado de forma irreparable mediante la ejecución de la decisión, algo que no es novedoso si no que es la regla que rige la adopción de medidas cautelares en el ámbito del derecho procesal en general. En opinión de este Estado, para reconocer el efecto suspensivo del recurso interpuesto por el extranjero objeto de expulsión, debe prestarse atención a los supuestos en los que la decisión de expulsión incide de un modo inevitable sobre las futuras condiciones de vida del individuo o sobre su seguridad personal. Asimismo, para Reino Unido, ampliar el efecto suspensivo del recurso a todas las decisiones resulta excesivo. En su opinión, debería limitarse a los supuestos donde, de no suspenderse la expulsión, se podrían derivar perjuicios graves e irreversibles. Por tanto, el efecto suspensivo es conveniente en estos casos, a fin de que tales riesgos no se materialicen; Véanse los comentarios de estos Estados acerca del art. 27 en, CDI, “Expulsión de extranjeros. Comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos”, A/CN.4/669, 21 de marzo de 2014, pp. 66 a 70. Por su parte, Austria, Suiza y Alemania también sugirieron la inclusión de dicha excepción con el fin de que se reconozca el efecto suspensivo en los casos que sean necesarios con el fin de respetar el principio de no devolución; AGNU, Sexta Comisión, “Tema 79 del programa. Informe de la CDI sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 63º y 64º”, A/C.6/67/SR.18, 4 de diciembre de 2012, párs. 77, 83 y 103.

¹⁵⁴⁹ Además de la UE y de España, Países Bajos, Francia, Reino Unido y Polonia tampoco aceptan las disposiciones de la propuesta de art. 27 propuesto por la CDI; “Noveno informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/670, 25 de marzo de 2014, p. 62. En el caso de España, pese a la negativa manifestada a la aprobación a este proyecto de artículo, la jurisprudencia interna del Estado evidencia la suspensión de órdenes de expulsión en determinados supuestos. En concreto, de la observancia de la jurisprudencia del TS se evidencian tres supuestos que, en determinados, conllevan la suspensión de la expulsión. Estos son: cuando la persona objeto de expulsión tiene arraigo en España por razón de sus intereses familiares, sociales o económicos; la ejecución de la orden de expulsión puede producir al sujeto perjuicios de difícil reparación; la persona tiene pendiente un procedimiento de regularización. Véase una batería de sentencias que reflejan dicha jurisprudencia en, ARRESE IRIONDO, M.N, “La problemática jurídica de las situaciones irregulares: la expulsión como sanción a la situación irregular”, *RDME*, n. 25, 2010, 73-98, pp. 92 y 93, en concreto, las nota a pie 120 y 121.

¹⁵⁵⁰ En concreto, dicho artículo establece que: “salvo cuando una autoridad judicial dicte una decisión definitiva, los interesados tendrán derecho a exponer las razones que les asistan para oponerse a su expulsión, así como a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, a menos que razones

limitada *rationae personae* a los trabajadores migratorios y sus familiares, por lo que no se aplica a todos los extranjeros. Por su parte, al referirse al art. 3 de la CCT, el CAT recomienda a los EP que las denegaciones de acceso al territorio que lleven aparejada una medida de devolución puedan ser objeto de un recurso suspensivo¹⁵⁵¹. En este sentido se manifiesta también la interpretación que el CDH hace del art. 2.3, letra a) del Pacto, relativo a un recurso efectivo, leído conjuntamente con el art. 7, precepto este último que proscribe las torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes¹⁵⁵².

Como a continuación se comprobará, la jurisprudencia del TEDH confirma la vigencia de la propuesta de la CDI como DI en vigor en el ámbito regional europeo.

5.2.3.1. El efecto suspensivo del recurso en supuestos relativos a los arts. 2 y 3 del CEDH en relación con la expulsión

Hasta los años noventa, el art. 13 del CEDH es considerado como una protección subsidiaria a la proporcionada por el art. 6 y a la dimensión procedimental de los arts. 2, 3 y 5 del CEDH, lo que lleva a que no se examinen las quejas desde la perspectiva del art. 13, en sí mismo y, en consecuencia, se desvirtúe la protección efectuada por dicho precepto en relación a la protección del recurso efectivo. Desde finales de los años noventa se lleva a cabo una interpretación extensiva de dicho artículo, que conduce de manera progresiva a la actual exigencia de que el recurso, para ser efectivo, debe tener carácter suspensivo en aquellos casos en los que la ejecución de la medida puede derivar en un riesgo potencialmente irreversible¹⁵⁵³. Por tanto, cuando una demandante alega que

imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello. Hasta tanto se haga dicha revisión, tendrán derecho a solicitar que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsión”.

¹⁵⁵¹ CAT, suplemento n. 44 (A/53/44), Nueva York, 1998, p. 17, párr. 145. Disponible en: <http://undocs.org/es/A/53/44>

¹⁵⁵² En este sentido, el CDH sostiene que: “la revisión eficaz de la decisión de expulsar a pesar de existir un riesgo demostrable de tortura debe poder realizarse antes de la expulsión a fin de impedir que el individuo sufra un daño irreparable y que la revisión sea superflua y carezca de sentido”, CDH, comunicación n. 1416/2005, *Alzery c. Suecia*, CCPR/C/88/D/1416/2005, 25 de octubre de 2006, párr. 11.8. En este sentido, CDH, comunicación n. 1086/2002, *Weiss c. Austria*, CCPR/C/77/D/1086/2002, 3 de abril de 2003, párr. 9.6.

¹⁵⁵³ MORGADES GIL, S., “La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *RDCE*, n. 37, 2010, 801-842, pp. 832 y 833. Acerca de la jurisprudencia del TEDH relativa al efecto suspensivo del recurso en estos casos véase, STEDH de 11 de enero de 2007, *Salah Sheekh c. Países Bajos*, demanda n. 1948/04, párr. 154; STEDH de 10 de agosto de 2006, *Olaechea Cahuas c. España*, demanda n. 24668/03, párr. 35; STEDH de 12 de abril de 2005, *Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*, demanda n. 36378/02, párr. 460; STEDH de 11 de julio de 2000, *Jabari c. Turquía*, demanda n. 40035/98, párr. 50. No obstante, cabe destacar que la Asamblea Parlamentaria del COE en una recomendación de 2003, sugirió a los EP que toda decisión de expulsar a un extranjero del territorio de un EM del COE debería ir acompañada del derecho a un recurso con efectos suspensivos; Parliamentary Assembly, “Recommendation 1624 (2003). Common policy on migration and asylum”. Text adopted by the Assembly on 30 September 2003 (29th Sitting), párr. 9.

su expulsión le expone a un riesgo real de sufrir un trato contrario al art. 3 del CEDH, dada la importancia que el TEDH concede a esta disposición, así como la naturaleza irreversible del daño que podría derivarse si el riesgo se materializa, la eficacia del recurso requiere necesariamente de efecto suspensivo automático¹⁵⁵⁴. Se evidencia así un paralelismo entre el principio de no devolución y la ampliación de la aplicabilidad de una garantía procesal básica, como es el derecho a un recurso, y el efecto suspensivo de tal recurso en casos de expulsión si el riesgo de daño en el Estado de destino es irreparable¹⁵⁵⁵.

La discrecionalidad de los EP sobre la forma con la que cumplen sus obligaciones en virtud del art. 13, se encuentra limitada por la prohibición de que la decisión de expulsión se ejecute antes de que las autoridades nacionales examinen si la decisión es compatible con el CEDH¹⁵⁵⁶. Por tanto, la efectividad de un recurso, en casos concernientes al art. 3 del CEDH, requiere que el recurso tenga carácter suspensivo.

La importancia que para el TEDH adquiere la salvaguarda del art. 3 del CEDH (Capítulo III), en especial, por las consecuencias irreversibles que su vulneración conlleva, no afecta al carácter subsidiario del mecanismo de denuncia ante el TEDH. En este sentido, por un lado, el tribunal de Estrasburgo tiene la facultad de indicar al Estado demandado la aplicación de una determinada medida cautelar (Capítulo III.6.), con el fin de garantizar la efectividad del derecho y prevenir un posible daño inminente e irreparable en este tipo de casos¹⁵⁵⁷. Por otra parte, no es función del Tribunal sustituir el mecanismo

¹⁵⁵⁴ STEDH de 17 de octubre de 2013, *Budrevich c. República Checa*, demanda n. 65303/10, párr. 104; STEDH de 23 de julio de 2013, *M.A. c. Chipre*, demanda n. 41872/10, párr. 133; STEDH de 6 de junio de 2013, *Mohammed c. Austria*, demanda n. 2283/12, párr. 72; STEDH de 13 de diciembre de 2012, *De Souza Ribeiro c. Francia*, demanda n. 22689/07, párr. 82; STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda n. 27765/09, párr. 200; STEDH de 2 de febrero de 2012, *I.M. c. Francia*, demanda n. 9152/09, párr. 58; STEDH de 15 de noviembre de 2011, *Al Hanchi c. Bosnia y Herzegovina*, demanda n. 48205/09, párr. 32; STEDH de 11 de octubre de 2011, *Auad c. Bulgaria*, demanda n. 46390/10, párr. 120; STEDH de 23 de junio de 2011, *Diallo c. República Checa*, demanda n. 20493/07, párr. 74; STEDH de 26 de abril de 2007, *Gebremedhin [Gaberamadhien] c. Francia*, demanda n. 25389/05, párr. 66. El efecto suspensivo del recurso en los supuestos en los que se alega una vulneración del art. 3 del CEDH en caso de expulsión también se contempla en las directrices del COE para el retorno forzoso; Committee of Ministers, "Twenty Guidelines on Forced Returns", CM(2005)40 final. Strasbourg, 9 may 2005, directriz 5, apdo. 3

¹⁵⁵⁵ ZORZI GIUSTINIANI, F., "Expulsion and the fundamental rights of irregular migrants: critical notes in the margins of the work of the international law commission work on the «expulsion of aliens»", en GUY, S., GOODWIN-GILL, G.S. y WECKEL, P. (Eds.), *Protection des migrants et des réfugiés au XXIe siècle, aspects de droit international Migration and Refugee Protection in the 21st Century, International Legal Aspects*, Brill | Nijhoff, Leiden | Boston, 2015, 445-484, p. 482.

¹⁵⁵⁶ STEDH de 15 de abril de 2014, *Asalya c. Turquía*, demanda n. 43875/09, párr. 111; STEDH de 11 de enero de 2007, *Salah Sheekh c. Países Bajos*, demanda n. 1948/04, párr. 153; STEDH de 5 de febrero de 2002, *Čonka c. Bélgica*, demanda n. 51564/99, párr. 79.

¹⁵⁵⁷ En este sentido STEDH de 4 de febrero de 2005, *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, demandas nos. 46827/99 y 46951/99, párrs. 102 a 129.

nacional de reparación que debe establecerse de conformidad con los arts. 3 y 13 del CEDH¹⁵⁵⁸.

Además de suspender la aplicación de la medida impugnada, en los recursos presentados por una supuesta vulneración del art. 3 del CEDH, la efectividad del recurso también requiere que la demanda sea objeto de un minucioso examen por parte de la autoridad nacional¹⁵⁵⁹. Dada la naturaleza irreversible del daño que podría producirse si se materializa el riesgo derivado del art. 3, el concepto de recurso efectivo exige un examen independiente y riguroso que evidencie la existencia de motivos fundados para temer por un riesgo real de trato contrario al art. 3 del CEDH en caso de expulsión¹⁵⁶⁰; amén de hacerse necesaria una respuesta particularmente rápida¹⁵⁶¹. Los mismos principios son de aplicación cuando la expulsión expone a un demandante a un riesgo real de violación de su derecho a la vida, salvaguardado por el art. 2 del CEDH¹⁵⁶².

En *A.C. y otros c. España*, los demandantes llegan a la isla canaria de Fuerteventura en patera en dos grupos durante los años 2011 y 2012. Formalizan su solicitud de protección internacional en el CIE de la isla y alegan que han participado en campamentos de protesta organizados por los saharauis. Por lo que consideran que de ser expulsados las fuerzas de seguridad marroquíes tomarían represalias contra ellos. A pesar de que ACNUR emite un informe favorable acerca de la concesión de protección internacional, el Ministerio de Interior deniega todas las solicitudes, las cuales ni siquiera son admitidas

Universitat d'Alacant

¹⁵⁵⁸ STEDH de 12 de enero de 2017, *Kebe y otros c. Ucrania*, demanda n. 12552/12, pár. 107.

¹⁵⁵⁹ STEDH de 26 de abril de 2007, *Gebremedhin [Gaberamadhién] c. Francia*, demanda n. 25389/05, pár. 58; STEDH de 12 de abril de 2005, *Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*, demanda n. 36378/02, pár. 448; STEDH de 11 de julio de 2000, *Jabari c. Turquía*, demanda n. 40035/98, pár. 39; STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, demanda n. 22414/93, pár. 79.

¹⁵⁶⁰ En *Asalya c. Turquía* el TEDH mantiene que, contrariamente al examen riguroso exigido por el art. 13, el Tribunal Administrativo de Ankara no se ocupa de ningún modo de la alegación planteada por el demandante acerca del riesgo personal al que se enfrentaría de ser expulsado. El TEDH considera que dicha deficiencia se debe, hasta cierto punto, al hecho de que ni la orden de expulsión originales ni las presentadas posteriormente especificaban hacía dónde exactamente iba a ser expulsado el solicitando. Dicha ambigüedad, a juicio del tribunal de Estrasburgo es inaceptable ya no solo porque se exacerbó la precariedad de la situación de demandante, sino también porque inevitablemente se obstaculiza la realización de un examen significativo de los riesgos intrínsecos a la expulsión, lo cual, hace ilusoria y nada efectiva la protección otorgada por el art. 13 del CEDH; STEDH de 15 de abril de 2014, *Asalya c. Turquía*, demanda n. 43875/09, pár. 113. En este sentido, STEDH de 22 de septiembre de 2009, *Abdolkhani y Karimnia c. Turquía*, demanda n. 30471/08, pár. 113, STEDH de 2 de mayo de 1997, *D. c. Reino Unido*, demanda n. 30240/96, pár. 66.

¹⁵⁶¹ STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n. 30696/09, pár. 293; STEDH de 3 de junio de 2004, *Bati y otros c. Turquía*, demandas nos. 33097/96 y 57834/00, pár. 136.

¹⁵⁶² Además del TEDH, el Comisario para los DDHH del COE también ha indicado que: “el recurso debe suspender la ejecución de la decisión de expulsión, al menos cuando se alegue una eventual infracción de los artículos 2 y 3”; Commissioner for Human Rights, “Recommendation concerning the rights of aliens wishing to enter a Council of Europe member State and the enforcement of expulsion orders, CommDH(2001)19. Strasbourg, 19 September 2001, pár. 11.

a trámite, procediendo acto seguido a la expulsión de los solicitantes. Para evitar dicha expulsión, la CEAR solicita a la AN que adopte medidas de urgencia para que los saharauis permanezcan en España durante la tramitación del recurso contra la negativa del Ministerio de Interior. Sin embargo, la AN no aprecia la concurrencia de circunstancias que demanden la adopción de medidas urgentes, decisión contra la que no cabe recurso. La CEAR acude al TEDH de forma urgente y consigue paralizar las expulsiones. Finalmente España es condenada por una vulneración del art. 13 en relación con los arts. 2 y 3, debido a que los demandantes no disponen, a nivel interno, de un recurso que cumpla las condiciones exigidas por el art. 13, con la finalidad de reclamar sus pretensiones al amparo de los arts. 2 y 3 del CEDH¹⁵⁶³. El Tribunal es claro a la hora de mantener que el efecto suspensivo del recurso no puede ser considerado como un elemento subsidiario¹⁵⁶⁴. Por consiguiente, la efectividad del recurso pasa por su necesario efecto suspensivo.

Asimismo, es necesario que el riguroso examen llevado a cabo por las autoridades nacionales atienda a las circunstancias concretas del extranjero objeto de expulsión, por lo que dicho examen no puede basarse únicamente en generalidades. En *Yoh-Ekale Mwanje c. Bélgica*, el TEDH determina que la situación del demandante, afectado de VIH, no es crítica por lo que su expulsión a Camerún no vulnera los arts. 2 y 3 del CEDH. El Gobierno belga basa su decisión de expulsar al demandante en un informe elaborado por un médico, en el que se enumeran una serie de informaciones y consideraciones de alcance general sobre la disponibilidad de antirretrovíricos en Camerún, con descripciones de las instalaciones médicas en las que dicho tratamiento es suministrado. Por tanto, el TEDH concluye la vulneración del art. 13 del CEDH ya que las autoridades belgas no realizan un examen cuidadoso y riguroso de la situación individual del

¹⁵⁶³ STEDH de 22 de abril de 2014, *A.C. y otros c. España*, demanda n. 6528/11, pár. 103. Para un comentario de esta sentencia véase, SAN MARTÍN ONTORIA, A.B., “Derecho a un recurso efectivo y con efecto de suspensión automática en el ámbito del TEDH: la sentencia de 22 de abril de 2014, asunto A.C. y otros contra España”, en PASTOR PALOMAR, A., (Dir.), *Temas relevantes de Derecho Internacional Público ante la jurisdicción contencioso-administrativa*, Gobierno de España | Ministerio de Justicia, Madrid, 2016, 87-96, pp. 92 a 95. El Comisario para los Derechos Humanos, en su recomendación relativa a los derechos de los que extranjeros que quieren entrar en el territorio de los EM del COE y a la ejecución de las decisiones de expulsión mantiene lo siguiente: “[...] The right of effective remedy must be guaranteed to anyone wishing to challenge a refoulement or expulsion order. It must be capable of suspending enforcement of an expulsion order, at least where contravention of Articles 2 or 3 of the ECHR is alleged”; Commissioner for Human Rights, “Recommendation concerning the rights of aliens wishing to enter a Council of Europe member State and the enforcement of expulsion orders, CommDH(2001)19. Strasbourg, 19 September 2001.

¹⁵⁶⁴ STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda n. 27765/09, pár. 206; STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n. 30696/09, pár. 388.

demandante para llegar a la conclusión de la inexistencia de riesgo, desde el punto de vista del art. 3, en caso de ser expulsado a Camerún¹⁵⁶⁵.

Por lo que respecta a la exigencia de un examen independiente y riguroso, si el demandante alega el riesgo de tratos contrarios al art. 3 del CEDH de ser expulsado, el tribunal interno no puede imponer una carga desproporcionada, a efectos probatorios, que evidencie la eventual concreción del riesgo, ya que ello supone privar de efectividad práctica al derecho a obtener un examen minucioso de la reclamación¹⁵⁶⁶. Así sucede en *M. y otros c. Bulgaria* en el que las autoridades búlgaras, al tratar de manera sumaria un asunto tan serio vinculado al art. 3 del CEDH y hacer recaer en uno de los demandantes la carga de probar hechos negativos como es la falta de garantías estatales en Afganistán que lo protejan contra tales riesgos, el tribunal búlgaro prácticamente priva al Sr. M. de un examen de fondo de su demanda en virtud del art. 3¹⁵⁶⁷.

En relación a la rapidez del recurso, si la demanda plantea una posible vulneración del art. 3 del CEDH, se requiere una rápida actuación en la tramitación del recurso, como sucede en *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*. En este caso el extranjero objeto de expulsión presenta una denuncia con la que alega la vulneración del art. 3; no tiene garantías procesales de que el fondo de su reclamación vaya a ser considerada de manera seria en primera instancia; estadísticamente no tiene ninguna posibilidad de que se le ofrezca ninguna forma de protección; y vive en un estado de precariedad que, a juicio del TEDH, vulnera el art. 3 del CEDH¹⁵⁶⁸. Con todo, la celeridad del recurso no debe darse en detrimento de un examen independiente y riguroso del nivel exigido en los casos en los que la demanda se basa en los arts. 2 y 3 de CEDH; así como tampoco en menoscabo de las garantías procesales esenciales que pretenden proteger a los demandantes¹⁵⁶⁹.

La rapidez razonable, en este contexto, también es considerada como un requisito implícito de cara a la investigación de los hechos. Esto es, el recurso efectivo en estos casos exige a las autoridades estatales una pronta investigación de las denuncias por tratos contrarios al art. 3 del CEDH. Si bien es cierto que pueden existir obstáculos o dificultades que impidan avanzar en una investigación en una determinada situación, con carácter

¹⁵⁶⁵ STEDH de 20 de marzo de 2012, *Yoh-Ekale Mwanje c. Bélgica*, demanda n. 10486/10, párs. 103, 106 y 107.

¹⁵⁶⁶ STEDH de 8 de noviembre de 2011, *Yakubov c. Rusia*, demanda n. 7265/10, pár. 99.

¹⁵⁶⁷ STEDH de 26 de julio de 2011, *M. y otros c. Bulgaria*, demanda n. 41416/08, pár. 127.

¹⁵⁶⁸ STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n. 30696/09, pár. 320.

¹⁵⁶⁹ STEDH de 7 de julio de 2015, *V. M. y otros c. Bélgica*, demanda n. 60125/11, pár. 201; STEDH de 22 de abril de 2014, *A.C. y otros c. España*, demanda n. 6528/11, pár. 100; STEDH de 2 de febrero de 2012, *I.M. c. Francia*, demanda n. 9152/09, pár. 147.

general es esencial que las autoridades inicien rápidamente una investigación, a fin de mantener la confianza de la sociedad civil en el Estado de derecho y evitar cualquier apariencia de tolerancia hacia los actos ilícitos¹⁵⁷⁰. Asimismo, la celeridad en la tramitación del recurso se hace todavía más importante cuando la solicitud de efecto suspensivo del recurso es denegada en el contexto de una expulsión en la que se alega una vulneración de los arts. 2 y 3 del CEDH. En este sentido:

“El TEDH estima que, en cuanto un recurso no tiene efecto suspensivo porque la solicitud de suspensión es denegada, es esencial que en los casos de expulsión en los que están concernidos los artículos 2 y 3 del Convenio y cuando el TEDH hace aplicar el artículo 39 de su Reglamento, las jurisdicciones deben hacer prueba de una diligencia de celeridad especial y resolver sobre el fondo dentro de unos plazos cortos. Si este no fuera el caso los recursos perderían su eficacia”¹⁵⁷¹.

En materia de solicitantes de protección internacional, los recursos contra las decisiones por las que se deniega la solicitud y, por tanto, se procede a su expulsión, deben estar disponibles en la práctica. Por ende, su accesibilidad no debe verse limitada por factores tales como la clasificación automática de las solicitudes por el procedimiento prioritario; el corto periodo de tiempo disponible para la apelación; las dificultades materiales y de procedimiento para presentar pruebas si el demandante se encuentra detenido; así como por la falta de acceso a la asistencia jurídica y lingüística¹⁵⁷².

El tribunal de Estrasburgo es consciente de que los Estados tienen que hacer frente a un gran número de solicitudes de asilo y deben disponer de los medios necesario para afrontar tales procedimientos, así como hacer frente los riesgos de saturación del sistema. No obstante, tanto el art. 6 como el art. 13 del CEDH obligan a los EP a organizar sus jurisdicciones de forma que cumplan con las exigencias de estas disposiciones¹⁵⁷³.

Asimismo, el TEDH reconoce la necesidad que tienen los EM de la UE de adoptar medidas para aliviar la presión migratoria que soportan y las dificultades con las que se encuentran a la hora de tramitar el número de solicitudes de asilo recibidas y, en particular, de abordar aquellas reiteradas, claramente abusivas y/o manifiestamente

¹⁵⁷⁰ Entre otras, STEDH de 30 de septiembre de 2014, *Bulgaru c. Republica de Moldavia*, demanda n. 35840/09, párr. 18; STEDH de 21 de febrero de 2012, *Buzilo c. Moldavia*, demanda n. 52643/07, párr. 30; STEDH de 3 de junio de 2004, *Bati y otros c. Turquía*, demandas nos. 33097/96 y 57834/00, párr. 136.

¹⁵⁷¹ STEDH de 22 de abril de 2014, *A.C. y otros c. España*, demanda n. 6528/11, párr. 103.

¹⁵⁷² STEDH de 4 de septiembre de 2014, *M.V. y M.T. c. Francia*, demanda n. 17897/09, párr. 61; STEDH de 2 de febrero de 2012, *I.M. c. Francia*, demanda n. 9152/09, párrs. 151 y 155.

¹⁵⁷³ STEDH de 22 de abril de 2014, *A.C. y otros c. España*, demanda n. 6528/11, párr. 104.

infundadas. Para gestionar estos últimos supuestos, el procedimiento acelerado de asilo facilita la tramitación de solicitudes de protección internacional manifiestamente irrazonables¹⁵⁷⁴. El mero hecho de que una solicitud de protección internacional sea tramitada por el procedimiento acelerado y, por tanto, en un periodo de tiempo más breve en comparación con el procedimiento ordinario, no puede, en sí mismo, llevar a la conclusión de que el examen de la solicitud es ineficaz¹⁵⁷⁵. Se hace necesario, por tanto, atender al caso concreto¹⁵⁷⁶. En este sentido, en *Mohammed c. Austria*, se mantiene que si un solicitante de asilo tiene acceso a un examen sustantivo de su solicitud de asilo en primera instancia, el reexamen de un procedimiento acelerado, por sí mismo, no priva al demandante de una revisión rigurosa de su solicitud cuando, precisamente por su condición de solicitante de asilo, alega una posible vulneración del art. 3 en caso de expulsión¹⁵⁷⁷.

En lo que respecta a la aplicación del art. 3 en relación al art. 13 los solicitantes de protección internacional, pos supuesto tienen derecho a recurrir la decisión que deniega tal solicitud. Asimismo, también tienen derecho a un recurso con carácter suspensivo con el objetivo de aplazar las medidas ejecutorias hasta que las autoridades nacionales realicen un examen de compatibilidad de dichas medidas con el CEDH; tal y como contempla la Resolución 1471(2005) de la Asamblea Parlamentaria del COE¹⁵⁷⁸ y,

¹⁵⁷⁴ STEDH de 6 de junio de 2013, *Mohammed c. Austria*, demanda n. 2283/12, párr. 79

¹⁵⁷⁵ La postura del TS es diversa a la mantenida por el TEDH en este sentido. El Alto Tribunal considera que el procedimiento acelerado lleva consigo “una patente disminución de garantías para el solicitante, y que por mucho que se intitule denegación reviste una funcionalidad u operatividad practica cercana a las resoluciones de inadmisión, dado que excluye las reglas del procedimiento ordinario y también las del procedimiento de urgencia”; STS 1971/2013 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), recurso n. 2529/2012, 27 de marzo de 2013, F.J. 9º; STS 1957/2013 (Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 3ª), recurso n. 2429/2012, 27 de marzo de 2013, F.J. 9º.

¹⁵⁷⁶ En *Sultani c. Francia*, el TEDH falla que la consideración de una solicitud de asilo conforme al procedimiento prioritario o acelerado no priva al extranjero, el cual se encontraba detenido, de un examen detallado; STEDH de 20 de septiembre de 2007, *Sultani c. Francia*, demanda n. 45223/05, párs. 64 y 65.

¹⁵⁷⁷ STEDH de 6 de junio de 2013, *Mohammed c. Austria*, demanda n. 2283/12, párr. 80. En este asunto el TEDH comprueba el largo periodo de tiempo desarrollado entre la decisión de expulsar al solicitante y la ejecución real de dicha expulsión. Esta dilatación en el periodo comprendido entre ambas fases da lugar a un cambio en las circunstancias del demandante durante ese tiempo; empero, en la normativa austriaca el demandante de asilo solo tiene *locus standi* para solicitar a la policía de inmigración una decisión formal acerca de la decisión de expulsión cuando dicha solicitud se presenta durante un proceso en el que se ha dictado una orden de expulsión. Una vez concluidos estos procedimientos, el caso pasa a la etapa de ejecución, en la cual, el solicitante no tiene derecho a que la policía de inmigración emita una decisión formal sobre la expulsión. Teniendo en cuenta el periodo de tiempo transcurrido entre la orden de expulsión y su ejecución, así como el cambio de circunstancias manifestado durante ese tiempo, tal y como fue aplicada la legislación interna al solicitante no se le brinda protección contra la transferencia forzosa al ser privado de un examen sustantivo y riguroso tanto de cambio de situación, como de su pretensión fundada en el art. 3 acerca de la situación de los solicitantes de asilo en Hungría. En consecuencia, le fue negado al solicitante el acceso a un recurso efectivo contra la ejecución de la orden de expulsión.

¹⁵⁷⁸ En lo que respecta al derecho de apelación con efecto suspensivo, la Resolución 1471(2005) sobre procedimientos acelerados de asilo en los Estados miembros del COE garantiza el respeto del derecho a

siguiendo con ello, las recomendaciones de ACNUR¹⁵⁷⁹. En *Gebremedhin c. Francia*, la solicitud de carácter urgente de protección de sus intereses presentada por el demandante, junto con el recurso contra la denegación de su solicitud de asilo, no tiene efecto suspensivo automático. Por tanto, la persona podía ser expulsada antes de que el juez dicte una decisión acerca del recurso, lo que, a juicio del Tribunal vulnera el art. 3 del CEDH en relación con el art. 13¹⁵⁸⁰.

En los casos de riesgo potencial de daños irreversibles derivados de la expulsión, el sistema previsto en la normativa interna debe evitar que las personas afectadas estén obligadas a tomar medidas adicionales *in extremis* en el momento de la ejecución de la expulsión; dado que estos sujetos ya se encuentran, por su mera condición de extranjeros, en una situación vulnerable. Por ejemplo, en *S.J. c. Bélgica* se comprueba que el sistema belga exige para otorgar efecto suspensivo al recurso interpuesto en virtud del art. 3, entre otras cosas, la solicitud de medidas provisionales de extrema urgencia; no obstante, si el sujeto no pone en marcha la solicitud de medidas cautelares al inicio del procedimiento y el asunto posteriormente se vuelve urgente, no tiene más oportunidades de solicitar que se suspenda la expulsión. Un sistema de estas características vulnera el art. 13 en relación con el art. 3 del CEDH¹⁵⁸¹.

El Tribunal no descarta que otras medidas de protección temporal, como puede ser la concesión de asilo temporal expedida por algunos Estados, pueda ser una solución efectiva en determinadas circunstancias. Especialmente en aquellas demandas planteadas

un recurso efectivo en virtud del art. 13 del CEDH. Ello incluye el derecho a interponer un recurso contra una decisión por la que se deniega el asilo y el derecho a suspender la ejecución de medidas hasta que las autoridades nacionales hayan examinado su compatibilidad con el Convenio; Parliamentary Assembly, “Accelerated asylum procedures in Council of Europe member states”, Resolution 1471 (2005). Text adopted by the Assembly on 7 October 2005 (32nd Sitting), párr. 8.5.

¹⁵⁷⁹ El ACNUR considera que: “para ser efectivo, el recurso debe prever una revisión de la solicitud por una corte o tribunal, y la revisión debe examinar los hechos y la ley basándose en información actualizada. Además, respetando el principio de no devolución, el recurso debe permitir un efecto suspensivo automático excepto en casos muy limitados”; ACNUR, “Declaración del ACNUR sobre el derecho a un recurso efectivo en relación con los procedimientos acelerados de asilo”, 21 de mayo 2010, p. 7. Disponible en: http://www.refworld.org/es/type.AMICUS...4c15fed72_0.html. Siguiendo las recomendaciones de ACNUR, la CorteIDH mantiene que el recurso de revisión o apelación debe tener efectos suspensivos y debe permitirse al solicitante que permanezca en el país hasta que la autoridad competente adopte la decisión del caso, e inclusive mientras esté pendiente el medio de impugnación; Opinión Consultiva OC-21/14, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. 19 de agosto de 2014, párrs. 142, 116 y 259.

¹⁵⁸⁰ STEDH de 26 de abril de 2007, *Gebremedhin [Gaberamadhién] c. Francia*, demanda n. 25389/05, párrs. 58 y 65.

¹⁵⁸¹ STEDH de 19 de marzo de 2015, *S.J. c. Bélgica*, demanda n. 70055/10, párr. 104. Además, en este caso, pese a que el demandante presenta la suspensión de la ejecución, las autoridades belgas alegan que para que la expulsión sea suspendida hasta la resolución del recurso el demandante debería presentar una solicitud de anulación de la orden de salida del país, una solicitud de suspensión de ejecución según el procedimiento ordinario, además de la solicitud de medidas provisionales de extrema urgencia.

en virtud de los arts. 2 y 3 del CEDH respecto a los hechos derivados de la situación de hostilidad particularmente grave en el Estado de origen¹⁵⁸². El Tribunal también reconoce que la protección temporal, en determinados casos, se trata de una solución provisional, por lo que no siempre permite una reparación en virtud del art. 3 del CEDH¹⁵⁸³.

En otro orden de ideas, al igual que sucede con relación a los recursos en los que no es preceptivo el carácter suspensivo, el cumplimiento del art. 13 en relación con el art. 3 no exige que sea llevado a cabo por una autoridad judicial, pero, de no ser así, las garantías y las facultades reconocidas a autoridad estatal son esenciales para determinar si el recurso planteado es o no efectivo¹⁵⁸⁴. Por ejemplo, en *Jabari c. Turquía*, el Tribunal Administrativo de Ankara no aporta ninguna de estas garantías, por lo que el TEDH llega a la conclusión de que el procedimiento de revisión judicial invocado por el Gobierno no cumple con los requisitos del art. 13 del CEDH¹⁵⁸⁵.

Del estudio de la jurisprudencia del TEDH se observa que la revisión judicial efectiva, en los casos en los que se encuentran en juego los arts. 2 y 3 del CEDH, hace necesaria la concreción del Estado de destino de los sujetos objeto de expulsión. La ambigüedad en estos casos es inaceptable para el tribunal de Estrasburgo. No es solo porque se exacerba la situación de precariedad de los sujetos, sino también porque se frustra el objeto de una revisión judicial, ya que no se puede realizar una revisión exhaustiva de los riesgos que conlleva una expulsión de un extranjero sin concretar cuál será el Estado de destino¹⁵⁸⁶.

¹⁵⁸² Dentro de este marco la UE ha establecido, en relación a la protección temporal, la citada Directiva 2001/55/CE. Por su parte, España adoptó en 2003 el RD 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas (BOE n. 256, de 25 de octubre de 2003). Como establece el preámbulo de dicha norma, este desarrollo reglamentario pretende atender razones humanitarias ligadas al principio no devolución dada la situación en los países de origen, y atender la situación jurídica de los desplazados. No obstante, la concesión de asilo temporal no constituye un reconocimiento explícito o implícito por parte de las autoridades estatales sobre la posible vulneración del art. 3 en caso de expulsión/extradición; STEDH de 14 de febrero de 2017, *S.K. c. Rusia*, demanda n. 52722/15, pár. 97; STEDH de 15 de octubre de 2015, *Nabid Andullayed c. Rusia*, demanda n. 8474/14, pár. 49.

¹⁵⁸³ STEDH de 14 de marzo de 2016, *Turgunov c. Rusia*, demanda n. 15590/14, pár. 36.

¹⁵⁸⁴ STEDH de 13 de diciembre de 2012, *El-Masri c. la antigua República Yugoslava de Macedonia*, demanda n. 39630/09, pár. 257; STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, demanda n. 22414/93, párs. 151 y 152. El TEDH mantiene que el art. 13 del CEDH no obliga a los EP a establecer un segundo nivel de apelación en los casos concernientes a los arts. 2 y 3 del CEDH; basta con que exista, al menos, un recurso interno que satisfaga plenamente los mencionados requisitos; STEDH de 14 de febrero de 2017, *S.K. c. Rusia*, demanda n. 52722/15, pár. 76; STEDH de 5 de julio de 2016, *A.M. c. Países Bajos*, demanda n. 29094/09, párs. 62 y 70.

¹⁵⁸⁵ STEDH de 11 de julio de 2000, *Jabari c. Turquía*, demanda n. 40035/98, pár. 50. En este sentido, STEDH de 13 de diciembre de 2012, *De Souza Ribeiro c. Francia*, demanda n. 22689/07, pár. 82; STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n. 30696/09, pár. 293.

¹⁵⁸⁶ STEDH de 22 de julio de 2014, *A.D. y otros c. Turquía*, demanda n. 22681/09, pár. 103; STEDH de 11 de octubre de 2011, *Auad c. Bulgaria*, demanda n. 46390/10, pár. 133.

Asimismo, la verificación del cumplimiento del art. 13 en relación con el riesgo de trato contrario al art. 3, debe llevarse a cabo sin tener en cuenta los hechos que la persona puede haber llevado a cabo, ni aun cuando esta suponga una amenaza para la seguridad nacional del Estado. El art. 3 del CEDH tiene carácter absoluto y las actividades del individuo no pueden ser evaluables en este ámbito (Capítulo III.2). Por tanto, si las autoridades se basan en la seguridad nacional para motivar la orden de expulsión, no pueden dejar de aplicar recursos efectivos¹⁵⁸⁷.

Si la expulsión es ordenada por motivos de seguridad nacional, caben determinadas restricciones procesales con el fin de garantizar que no se divulgue información que pueda perjudicar la seguridad nacional (Capítulo V.1.). En concreto, el derecho a que se divulguen las pruebas pertinentes del caso no es absoluto, ya que el derecho a un procedimiento plenamente contradictorio puede verse viciado en la medida en que resulte estrictamente necesario para proteger un interés público importante como la seguridad nacional; la necesidad de mantener secretos ciertos métodos policiales de investigación de infracciones; o la protección de los derechos fundamentales de un tercero¹⁵⁸⁸. Para ello la autoridad ante la cual se plantea el recurso debe conceder un amplio margen de apreciación al poder ejecutivo, dado que este es el encargado de determinar el riesgo que conlleva para la seguridad nacional el no limitar la información vertida del caso concreto. Sin embargo, contraviene el CEDH que tales restricciones justifiquen la exclusión casi total de toda vía de recurso cuando la autoridad nacional invoque el concepto de seguridad nacional¹⁵⁸⁹. La efectividad del recurso requiere, como mínimo, que se informe a la

¹⁵⁸⁷ STEDH de 26 de julio de 2011, *M. y otros c. Bulgaria*, demanda n. 41416/08, párr. 129; STEDH de 20 de junio de 2002, *Al-Nashif c. Bulgaria*, demanda n. 50963/99, párr. 137. Cuando el riesgo para la seguridad nacional se contextualiza con un supuesto derivado del art. 8 del CEDH, un examen que no evalúa si la interferencia en el derecho a la vida privada y familiar de los demandantes satisface una necesidad social apremiante y es proporcional al objetivo legítimo perseguido, en los términos expuestos en el Capítulo IV, no puede ser considerado como una revisión judicial de la expulsión eficiente a los efectos del art. 13; STEDH de 10 de mayo de 2012, *Madah y otros c. Bulgaria*, demanda n. 45237/08, párr. 39; STEDH de 26 de julio de 2011, *M. y otros c. Bulgaria*, demanda n. 41416/08, párr. 125; STEDH de 2 de septiembre de 2010, *Kaushal y otros c. Bulgaria*, demanda n. 1537/08, párrs. 38 y 41; STEDH de 11 de febrero de 2010, *Raza c. Bulgaria*, demanda n. 31465/08, párr. 63; STEDH de 24 de abril de 2008, *C.G. y otros c. Bulgaria*, demanda n. 1365/07, párr. 60.

¹⁵⁸⁸ STEDH de 19 de febrero de 2009, *A. y otros c. Reino Unido*, demanda n. 3455/05, párr. 205; STEDH de 7 de junio de 2007, *Botmeh y Alami c. Reino Unido*, demanda n. 15187/03, párr. 37; STEDH de 16 de febrero de 2000, *Jasper c. Reino Unido*, demanda n. 27052/95, párrs. 51 a 53.

¹⁵⁸⁹ STEDH de 2 de septiembre de 2010, *Kaushal y otros c. Bulgaria*, demanda n. 1537/08, párr. 36; STEDH de 24 de abril de 2008, *C.G. y otros c. Bulgaria*, demanda n. 1365/07, párr. 57; STEDH de 20 de junio de 2002, *Al-Nashif c. Bulgaria*, demanda n. 50963/99, párrs. 136 y 137. Asimismo, el TEDH mantiene que, en los procedimientos penales, el derecho a un proceso penal justo garantizado por el art. 6 del CEDH incluye el derecho a que se comuniquen todas las pruebas pertinentes que obren en poder de las autoridades de instrucción. Con todo, puede ser necesario, en aras a preservar al interés público, ocultar ciertas pruebas a la defensa; STEDH de 19 de febrero de 2009, *A. y otros c. Reino Unido*, demanda n. 3455/05, párr. 206.

autoridad competente de recibir el recurso de los motivos que fundamentan la decisión de expulsión, aun cuando tales razones no sean públicas. Asimismo, la autoridad debe ser competente para rechazar la afirmación del poder ejecutivo acerca de la existencia de una amenaza a la seguridad nacional si considera que la creencia es arbitraria o irrazonable¹⁵⁹⁰.

Si se trata de cuestiones relativas a la seguridad nacional, un recurso efectivo en virtud del art. 13 debe significar "a remedy that is effective as can be", dada la necesidad de basarse en fuentes secretas de información¹⁵⁹¹. El requisito de que un recurso sea "lo más efectivo posible", no se cumple si mediante la expulsión de esa persona se la expone a un riesgo real de trato contrario al art. 3, por lo que las cuestiones relativas a la seguridad nacional son irrelevantes¹⁵⁹².

Por su parte, el TJUE sigue la jurisprudencia del TEDH de conformidad con el art. 52.3 de la Carta, para interpretar el art. 19.2 de esta. Por tanto, si un EM decide expulsar a un extranjero a un Estado en el cual hay fundados motivos para creer que estará expuesto a la pena de muerte, a tortura, u otras penas o tratos inhumanos o degradantes, es necesario que el extranjero disponga de un recurso suspensivo de pleno derecho contra la ejecución de la medida que permite su expulsión. De esta forma se garantiza el cumplimiento de los arts. 19.2 y 47 de la Carta¹⁵⁹³.

Universitat d'Alacant

¹⁵⁹⁰ STEDH de 15 de abril de 2014, *Asalya c. Turquía*, demanda n. 43875/09, párr. 119; STEDH de 24 de abril de 2008, *C.G. y otros c. Bulgaria*, demanda n. 1365/07, párr. 57; STEDH de 20 de junio de 2002, *Al-Nashif c. Bulgaria*, demanda n. 50963/99, párr. 137. En *C.G. y otros c. Bulgaria*, los tribunales nacionales que se ocupan de la decisión de expulsar al primer demandante no examinan adecuadamente si dicha medida es adoptada por razones de seguridad nacional, y si el poder ejecutivo puede demostrar la base fáctica de su evaluación acerca del riesgo para la seguridad nacional que representaba el sujeto. Además, al demandante no le es proporcionada, de forma inicial, información acerca de los hechos que llevan al ejecutivo a realizar dicha evaluación, además de que no le es ofrecida la oportunidad de refutar los hechos que se le atribuyen. Por tanto, el procedimiento no puede tener la consideración de un recurso efectivo en relación a la demanda alegada en virtud del art. 13 del CEDH. En este sentido véase, STEDH de 11 de febrero de 2010, *Raza c. Bulgaria*, demanda n. 31465/08, párr. 62.

¹⁵⁹¹ STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, demanda n. 22414/93, párr. 142 y jurisprudencia citada.

¹⁵⁹² STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, demanda n. 22414/93, párr. 150. En tales supuestos, la efectividad del recurso requiere de un examen independiente y ajeno a los hechos cometidos por el sujeto que justificaran la amenaza percibida por el Estado expulsor para adoptar dicha medida.

¹⁵⁹³ STJUE de 17 de diciembre de 2015, *Amadou Tall*, asunto C-239/14, apdos. 54 y 58; STJUE de 18 de diciembre de 2014, *Abdida*, asunto C-562/13, apdo. 52. Para posibilitar el efecto suspensivo del recurso, es necesario que el órgano de apelación deba ser competente para suspender la ejecución. Por tanto, en la legislación interna debe preverse que el órgano revisor tenga poder de suspensión en el marco de un procedimiento; Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión de 16 de noviembre de 2017 por la que se establece un «Manual de Retorno» común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno. Bruselas, 16 de noviembre de 2017 (*DOUE L 339/83*, de 19 de diciembre de 2017), p. 135.

Por lo que se refiere a los solicitantes de asilo, ya ha sido objeto de análisis el derecho de estos a permanecer en el territorio de un EM durante el examen de su solicitud, (epígrafe 2.2.), tal y como dispone el art. 9 de la Directiva 2013/32/UE. En el segundo apartado de este precepto se prevé una excepción a este derecho de permanencia. Esta excepción se aplica en los casos en los que el extranjero realiza una segunda solicitud, previa denegación de la primera, y el examen previo de la solicitud evidencia que no ha surgido o el solicitante no ha aportado nuevas circunstancias o datos relativos al examen de su derecho a ser beneficiario de protección internacional en virtud de la Directiva 2011/95/UE¹⁵⁹⁴. En estos casos, los EM pueden determinar que el recurso contra la decisión de no admitir a trámite una solicitud de asilo posterior carezca de efecto suspensivo¹⁵⁹⁵.

Si un EM adopta contra un extranjero una decisión de expulsión en el sentido del art. 6 de la Directiva Retorno, el sujeto debe poder ejercer contra esta decisión su derecho a un recurso efectivo en los términos establecidos en el art. 13 de la citada norma. El art. 13.2 de esta Directiva prevé que la autoridad u órgano competente para resolver el recurso contra la decisión de expulsión pueda suspender temporalmente la ejecución de la decisión impugnada¹⁵⁹⁶; sin perjuicio de que la suspensión temporal sea ya de aplicación en virtud de la normativa nacional. Esta suspensión da lugar al aplazamiento de la expulsión de conformidad con el art. 9.1, letra b). Por tanto, la Directiva 2008/115/CE no exige que el recurso dispuesto en el art. 13 tenga necesariamente efecto suspensivo¹⁵⁹⁷, constituyendo dicho carácter una facultad y no una obligación de los EM¹⁵⁹⁸. En suma, en el DUE se prevé el carácter suspensivo del recurso sólo para supuestos tasados.

¹⁵⁹⁴ Véanse el art. 9.2, art. 33.2, letra d), art. 40.5 y el art. 41.1, letra a) de la Directiva 2013/32/UE.

¹⁵⁹⁵ STJUE de 17 de diciembre de 2015, *Amadou Tall*, asunto C-239/14, parte dispositiva.

¹⁵⁹⁶ Con una redacción muy similar se manifiesta, en este sentido, Committee of Ministers, “Twenty Guidelines on Forced Returns”, CM(2005)40 final. Strasbourg, 9 may 2005, directriz 5, apdo. 1.

¹⁵⁹⁷ STJUE de 18 de diciembre de 2014, *Abdida*, asunto C-562/13, apdo. 44.

¹⁵⁹⁸ La propuesta de Directiva Retorno presentada en su momento por la Comisión establecía, con carácter obligatorio y general, el efecto suspensivo de los recursos; Comisión de las Comunidades Europeas, “Propuesta presentada por la Comisión de la Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio”, COM(2005) 391 final, 2005/0167 (COD). Bruselas 1 de septiembre de 2005, p. 18. En virtud de la legislación nacional, solamente la normativa de diez EM recoge la suspensión temporal de la ejecución de la decisión de retorno de forma automática. Estos EM son: Austria, República Checa, Dinamarca, Francia, Lituania, Malta, Polonia, Rumanía, Eslovenia y Reino Unido. Por tanto, en la gran mayoría de los EM los extranjeros deben, de conformidad con el art. 13 de la Directiva 2008/115, solicitar el efecto de suspensión temporal, petición que puede ser rechazada o concedida por el juez en función de las circunstancias específicas del caso; Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo “sobre la política de retorno de la UE”, COM(2014) 199 final. Bruselas, 28 de marzo de 2014, p. 24.

La discrecionalidad que se concede a la autoridad competente para resolver el recurso, a los efectos de que decida el efecto suspensivo del recurso interpuesto ante la decisión de expulsión, no confirma la propuesta de art. 27 de la CDI. Como ya se ha apuntado en el epígrafe 3.2.3., el art. 27 del Proyecto de la CDI establece el efecto suspensivo del recurso cuando haya un riesgo real de perjuicio grave e irreversible en caso de expulsión. En sus observaciones al Proyecto de la CDI, la UE propuso que la suspensión de la expulsión se regulara de conformidad con lo dispuesto en la Directriz n. 5 del Consejo sobre el retorno forzoso. Esta directriz no reconoce el efecto suspensivo del recurso con carácter obligatorio; sólo prevé la necesidad de un recurso efectivo ante una autoridad competente. Según la UE, el DUE no contempla, de manera expresa, el efecto suspensivo; es más, considera que podría considerarse un incentivo para abusar de los procedimientos de apelación¹⁵⁹⁹.

No obstante este debate en torno al proceso codificador, de conformidad con los arts. 5 y 13 de la Directiva 2008/115/CE, entendidos a la luz de los arts. 19.2 y 47 de la Carta, la legislación de los EM debe proveer de efecto suspensivo a los recursos interpuestos contra aquellas decisiones que pueden exponer al sujeto en cuestión a un riesgo de malos tratos, así como a un riesgo grave de deterioro serio e irreversible de su estado de salud¹⁶⁰⁰. Además, se debe poner de manifiesto una obviedad: los pronunciamientos del TEDH sobre este tema objeto de análisis en este epígrafe, tienen efecto *erga omnes* sobre todos los EM de la UE, ya que también son parte del subsistema regional de DI desarrollado en el ámbito del COE.

5.2.3.2. El efecto suspensivo del recurso en relación a otros artículos del CEDH que pueden verse vulnerados con motivo de la expulsión

Como ya se ha estudiado en el Capítulo VI.3.1., en relación a la detención de extranjeros, prevista en el art. 5.1, letra f) del CEDH, el TEDH mantiene la necesidad de que existan recursos efectivos y accesibles contra la decisión de detención¹⁶⁰¹. Asimismo, las autoridades nacionales se encuentran obligadas a dotar de efectividad al recurso mediante un análisis de las condiciones de detención del demandante¹⁶⁰².

¹⁵⁹⁹ AGNU, Sexta Comisión, “Tema 79 del programa. Informe de la CDI sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 63º y 64º”, A/C.6/67/SR.18, 4 de diciembre de 2012, pár. 67.

¹⁶⁰⁰ STJUE de 18 de diciembre de 2014, *Abdida*, asunto C-562/13, apdo. 53.

¹⁶⁰¹ STEDH de 3 de julio de 2014, *Georgia c. Rusia (I)*, demanda n. 13255/07, párs. 151 a 158 y 214.

¹⁶⁰² STEDH de 31 de julio de 2014, *F.H. c. Grecia*, demanda n. 78456/11, pár. 118.

El efecto suspensivo del recurso interpuesto ante la decisión de expulsión también puede exigirse para supuestos en los que el derecho en juego en el marco de la expulsión, no es necesariamente el riesgo de tortura, penas y tratos inhumanos o degradantes. Por ejemplo, cuando existe un riesgo de vulnerar el derecho a la vida privada y familiar del extranjero (Capítulo V). En estos casos, no es imperativo que el recurso tenga efecto suspensivo para que pueda ser considerado efectivo¹⁶⁰³. El fundamento no es otro que la inexistencia de daño irreparable ya que, si se constata la vulneración del art. 8 del CEDH y se procede a una eventual readmisión del extranjero en el EP, este podría recuperar sus lazos familiares y/o personales. Empero, la falta de riesgo irreversible no resulta óbice para que en estos casos se ponga a disposición del interesado la posibilidad efectiva de impugnar la orden de expulsión o denegación de residencia. Así como de examinar las cuestiones pertinentes con suficientes garantías procesales y la minuciosidad pertinente, por un órgano administrativo o judicial apropiado que ofrezca garantías adecuadas de independencia e imparcialidad¹⁶⁰⁴. En *De Souza Ribeiro c. Francia*, aunque el demandante presenta un recurso contra su orden de expulsión por entender que dicha medida vulnera su derecho a la vida privada y familiar, las solicitudes presentadas por el demandante y las circunstancias alegadas acerca de su vida privada y familiar no son objeto de un examen judicial de fondo, así como tampoco es atendida su solicitud urgente de medidas provisionales. Estos hechos suponen la falta de acceso a un recurso efectivo y, en consecuencia, la violación del art. 13 en relación con el art. 8 del CEDH¹⁶⁰⁵.

Otro supuesto lo representan las demandas planteadas en virtud del art. 13 del CEDH en relación con el art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH –prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros– (Capítulo IV). En *De Souza Ribeiro c. Francia* se confirma, en un primer momento, la exigencia de que el recurso planteado por una demanda que plantea la vulneración del art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH tenga efecto suspensivo automático, siguiendo con ello la jurisprudencia establecida en *Hirsi Jamaa y otros c.*

¹⁶⁰³ STEDH de 13 de diciembre de 2012, *De Souza Ribeiro c. Francia*, demanda n. 22689/07, pág. 83.

¹⁶⁰⁴ STEDH de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia*, demanda n. 16483/12, pág. 279. STEDH de 13 de diciembre de 2012, *De Souza Ribeiro c. Francia*, demanda n. 22689/07, pág. 83; STEDH de 26 de julio de 2011, *M. y otros c. Bulgaria*, demanda n. 41416/08, párs. 122 a 132; STEDH de 2 de septiembre de 2010, *Kaushal y otros c. Bulgaria*, demanda n. 1537/08, pág. 35; STEDH de 24 de abril de 2008, *C.G. y otros c. Bulgaria*, demanda n. 1365/07, pág. 56; STEDH de 20 de junio de 2002, *Al-Nashif c. Bulgaria*, demanda n. 50963/99, pág. 133. Las notas de garantía e independencia también se contemplan en la directriz 5, Committee of Ministers, “Twenty Guidelines on Forced Returns”, CM(2005)40 final. Strasbourg, 9 may 2005.

¹⁶⁰⁵ STEDH de 13 de diciembre de 2012, *De Souza Ribeiro c. Francia*, demanda n. 22689/07, párs. 94 y 100.

*Italia y Čonka c. Bélgica*¹⁶⁰⁶. Los casos en los que el TEDH mantiene esta jurisprudencia, tratan de situaciones en las que los demandantes intentan alertar a las autoridades nacionales del riesgo que supone su expulsión de conformidad con el art. 3; con independencia de que la expulsión también contravenga la prohibición prevista en el art. 4 del Protocolo n. 4 del CEDH. Por tanto, se pone de manifiesto que el riesgo de una expulsión colectiva contraria a este último precepto, *per se*, no conlleva la obligación de que el recurso interpuesto ante esta expulsión sea de carácter suspensivo.

En 2016 en *Khlaifia y otros c. Italia*, el TEDH considera que la jurisprudencia aplicada en *De Souza Ribeiro c. Francia* no puede leerse de manera autónoma. Esto es, la obligación de los Estados de proveer un recurso con efecto suspensivo automático es aplicable únicamente cuando el interesado alega que la expulsión lo expone a un riesgo real de tratos contrarios al art. 3 o a una violación de su derecho a la vida con arreglo al art. 2; dada la naturaleza irreparable de estos riesgos en caso de materializarse. Como sucede en *Khlaifia y otros c. Italia*, la expulsión del territorio del EP no expone a los demandantes a un daño potencialmente irreversible y, en consecuencia no se puede exigir al EP que el recurso disponible a nivel interno tenga efectos suspensivos¹⁶⁰⁷. Por tanto se confirma que la falta de efecto suspensivo de un recurso ante una expulsión colectiva no constituye, en sí misma, una violación del art. 13 del CEDH¹⁶⁰⁸.

Situación diferente se da en *N.D. y N.T. c. España* (Capítulo IV, epígrafe 3.3.), en el que al TEDH no considera necesario entrar a valorar el carácter suspensivo del recurso, dado que ni siquiera se procede a la identificación y a la comprobación de las circunstancias personales de los demandantes; por lo que declara una violación del art. 13 ante la inexistencia de recurso de ningún tipo. Si no se identifica a los extranjeros y,

¹⁶⁰⁶ “The same principles apply when expulsion exposes the applicant to a real risk of a violation of his right to life safeguarded by Article 2 of the Convention. Lastly, the requirement that a remedy should have automatic suspensive effect has been confirmed for complaints under Article 4 of Protocol No. 4”; STEDH de 13 de diciembre de 2012, *De Souza Ribeiro c. Francia*, demanda n. 22689/07, párr. 82.

¹⁶⁰⁷ STEDH de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia*, demanda n. 16483/12, párrs. 276 y 277.

¹⁶⁰⁸ SOLER GARCÍA, C., “La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial referencia al caso de España”, *RGDE*, n. 45, 2018, 107-160, p. 145. En los supuestos en los que se alega la violación del art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH es frecuente que los EP demandados aleguen, como excepción preliminar, la falta de agotamiento de las vías de recurso internas, de conformidad con el art. 35.1 del CEDH. Así sucede en *Hirsi Jamaa y otros c. Italia, Sharifi y otros c. Italia y N.D. y N.T. c. España*. En *Hirsi Jamaa*, el Gobierno italiano alega que los demandantes no han presentado sus quejas ante los tribunales internos italianos con el fin de poner de conocimiento de estos las vulneraciones sufridas, además de solicitar un resarcimiento. Precisamente debido al carácter colectivo de la expulsión, los demandantes alegan que no han dispuesto de recurso alguno que cumpla con el art. 13 del CEDH. Por tanto, en esta demanda, el TEDH acumula esta excepción con el examen de fondo relativo al art. 13 del CEDH; STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda n. 27765/09, párr. 60.

por tanto, la expulsión no tiene en cuenta las circunstancias personales del sujeto, no se da la oportunidad al extranjero de acceder a un recurso efectivo contra tal expulsión; y mucho menos de que se pueda evaluar la eventual vulneración del art. 3 si se da la expulsión. Tanto en *N.D. y N.T. c. España*, como en *Sharifi y otros c. Italia y Grecia* –en el que la expulsión colectiva que sufrieron los demandantes en el puerto de Ancona, se suma la falta de oportunidad de los extranjeros de buscar asilo o tener acceso a él–, se evidencia un vínculo claro entre las expulsiones colectivas y la falta de acceso a un procedimiento nacional que cumpla los requisitos del art. 13 del CEDH¹⁶⁰⁹.

6. EL DERECHO A SER OÍDO

El art. 26, letra c) del Proyecto de la CDI reconoce el derecho de un extranjero a ser oído por una autoridad competente. El órgano técnico codificador concibe este derecho como condición esencial para el efectivo ejercicio del derecho a recurrir la resolución de expulsión¹⁶¹⁰. Si bien, la practica estatal sobre el contenido de este derecho no es lo suficientemente uniforme como para determinar si este derecho conlleva que la persona deba ser escuchada personalmente o por escrito¹⁶¹¹. Por lo que la CDI reconoce que “un procedimiento por escrito puede resultar suficiente desde la perspectiva del derecho internacional”¹⁶¹². La CDI asume así la sugerencia realizada por Bélgica y secundada por la UE, quienes defienden que el derecho a ser oído por una autoridad competente no debe implicar necesariamente el derecho a ser oído en persona¹⁶¹³. Como así se mantiene en la jurisprudencia del TJUE, según se comprobará a continuación.

Asimismo, la postura de la CDI coincide con la interpretación que el CDH hace del art. 13; el derecho del extranjero a exponer las razones que lo asistan en contra de su

¹⁶⁰⁹ STEDH de 3 de octubre de 2017, *N.D. y N.T. c. España*, demandas nos. 8675/15 y 8697/15, p. 120 y STEDH de 21 de octubre de 2014, *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, demanda n. 16643/09, p. 242.

¹⁶¹⁰ Proyecto de la CDI, Doc. A/69/10, comentario 4) a la propuesta de art. 26, p. 72.

¹⁶¹¹ Véase la recopilación de la práctica de los Estados realizada por el Ponente en, CDI, “Sexto informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial”, adición primera, A/CN.4/625/Add.1, 28 de mayo de 2010, p. 88. En el caso de España, la audiencia del interesado es una de las garantías que componen el derecho a la tutela judicial efectiva, tal y como se encuentra regulado en el art. 20.2 de la LODE.

¹⁶¹² Proyecto de la CDI, Doc. A/69/10, comentario 4) a la propuesta de art. 26, p. 72. La CDI acoge la iniciativa de Bélgica al aclarar en sus comentarios que el reconocimiento del derecho a ser oído no significa que el extranjero deba ejercer tal derecho en persona ante la autoridad competente; CDI, “Noveno informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/670, 25 de marzo de 2014, p. 61.

¹⁶¹³ Véase las observaciones de Bélgica a este respecto en, CDI, “Noveno informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/670, 25 de marzo de 2014, p. 61 y de la UE en, AGNU, Sexta Comisión, “Tema 79 del programa. Informe de la CDI sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 63º y 64º”, A/C.6/67/SR.18, 4 de diciembre de 2012, p. 66.

expulsión no conlleva el derecho a una vista oral¹⁶¹⁴. Aunque el art. 13 reconoce al extranjero el derecho a exponer las razones que lo asisten en contra de su expulsión, no precisa la autoridad ante la que cabe exponer estas razones. Pero el CDH sí que interpreta que toda persona tiene derecho a ser escuchada ante un tribunal competente, independiente e imparcial¹⁶¹⁵.

Como se ha hecho referencia en la Introducción de este Capítulo, el art. 1 del Protocolo n. 7 al CEDH establece una serie de garantías de procedimiento en los casos de expulsión de extranjeros. Entre ellas, el art. 1.1, letra a) del Protocolo n. 7 reconoce al extranjero objeto de expulsión en situación administrativa regular, el derecho a “exponer las razones que se opongan a su expulsión”¹⁶¹⁶.

¹⁶¹⁴ CDH, comunicación n. 2357/2014, *A. c. Dinamarca*, CCPR/C/116/D/2357/2014, 30 de marzo de 2016, párr. 6.2. Por el contrario, el art. 14.3, letra d) del PIDCP sí que precisa que toda persona acusada de un delito tiene derecho “a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente [...]”. Como ya se ha hecho referencia, el art. 13 del PIDCP establece un doble límite para el reconocimiento de los derechos contenidos: la permanencia legal en el EP, así como que razones imperiosas de seguridad nacional no se opongan al ejercicio del derecho contenido en dicho precepto. Sobre la alegación de razones urgentes de seguridad pública como argumento para no permitir al extranjero exponer sus argumentos antes de que se dicte su orden de expulsión véase, en la jurisprudencia del CDH, comunicación n. 833/1998, *Karker c. Francia*, CCPR/C/70/D/833/1998, 26 de octubre de 2000, párr. 9.3.

¹⁶¹⁵ CDH, comunicación n. 1465/2006, *Kaba c. Canadá*, CCPR/C/98/D/1465/2006, 25 de marzo de 2010, párr. 5.12. Además, el art. 13 del PIDCP establece un doble límite para el reconocimiento de los derechos en él contenidos: la permanencia legal en el EP, así como que razones imperiosas de seguridad nacional no se opongan al ejercicio del derecho contenido en dicho precepto. Sobre la alegación de razones urgentes de seguridad pública como argumento para no permitir al extranjero exponer sus argumentos antes de que se dicte su orden de expulsión, véase CDH, comunicación n. 833/1998, *Karker c. Francia*, CCPR/C/70/D/833/1998, 26 de octubre del 2000, párr. 9.3. En esta línea, la redacción del art. 7 de la DDHINNPV establece el derecho el extranjero a ser oído con el fin de oponerse a su expulsión en las mismas circunstancias que reconoce el PIDCP; esto es, omitiendo el derecho a la exposición de los motivos sea en persona y limitando tal derecho a los requisitos de legalidad y seguridad nacional

¹⁶¹⁶ El reconocimiento del derecho a ser oído establecido en la Convención, condicionado a la regularidad de la situación administrativa del extranjero, difiere de la reconocida por la CorteIDH en relación al art. 8. 1 del CADH. En atención a lo establecido en el citado precepto, la CorteIDH reconoce el derecho a ser oído con las debidas garantías en un procedimiento administrativo que puede culminar en la expulsión, como son los procedimientos de carácter migratorio, a todos los extranjeros, incluidos los que se encuentran en situación irregular; CorteIDH, *Caso familia Pacheco Tineo c. Estado Plurinacional de Bolivia*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 189 y 199. En este sentido véase, CorteIDH, *Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas c. República Dominicana*. Sentencia de 28 de agosto de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 356. En relación al reconocimiento de toda persona de los derechos establecidos en el art. 8 del CADH, incluido el derecho a ser oído, la CorteIDH afirma que el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, con independencia de su estatus migratorio, debido a que: “el amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna”; CorteIDH. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012, párrs. 159; CorteIDH, Opinión Consultiva OC-18/03, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 17 de septiembre de 2003, párrs. 121 y 122. Por tanto, la CorteIDH determina que: “el Estado debe garantizar que toda persona extranjera, aun cuando fuere un migrante en situación irregular, tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”; Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Sentencia de 24 de octubre de 2012 (Fondo Reparaciones y Costas), párrs. 159; CorteIDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr.

Ni de la redacción de la letra a) del art. 1.1 del Protocolo n. 7, ni de la jurisprudencia del TEDH sobre esta disposición, se puede concluir que existe un derecho de audiencia en favor del extranjero objeto de expulsión. Si bien, como ya se ha explicado en el epígrafe 5.1 del presente Capítulo, la negativa de los tribunales nacionales a reunir pruebas que confirmen o disipen los motivos sobre las que se sostiene la decisión de expulsión, implica una ausencia de examen formal de esta decisión. Si ello trae como resultado que el extranjero no pueda ser escuchado, implica, a su vez, una vulneración del art. 1 del Protocolo n. 7 al CEDH¹⁶¹⁷.

La Directiva Retorno, en su Capítulo III dedicado a las garantías procedimentales, regula las condiciones que deben cumplir las decisiones de retorno. El legislador no precisa si se debe y en qué condiciones, garantizar el derecho de los extranjeros a ser oídos antes de que se adopte contra ellos una decisión de retorno. Así como tampoco las consecuencias derivadas de la vulneración de ese derecho¹⁶¹⁸. No obstante, pese al silencio de la Directiva 2008/115/CE, el TJUE mantiene que “el derecho a ser oído forma parte integrante del respeto de los derechos de defensa”¹⁶¹⁹. El respeto del derecho de defensa constituye un principio fundamental del DUE¹⁶²⁰. Se encuentra consagrado en los arts. 47 y 48 de la Carta, que garantizan el respeto del derecho de defensa y del derecho a un proceso equitativo en el marco de cualquier procedimiento jurisdiccional; así como en el art. 41 de la misma, que garantiza el derecho a una buena administración¹⁶²¹. En

143. Asimismo, cabe apuntar que la CorteIDH hace hincapié en la especial relevancia del ejercicio del derecho a ser oído en el caso de las niñas y niños extranjeros, especialmente aquellos que no son acompañados por sus familias; CorteIDH, Opinión Consultiva OC-21/14, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. 19 de agosto de 2014, pár. 123.

¹⁶¹⁷ STEDH de 12 de febrero de 2009, *Nolan y K. c. Rusia*, demanda n. 2512/04, pár. 115; STEDH de 24 de abril de 2008, *C.G. y otros c. Bulgaria*, demanda n. 1365/07, pár. 74. *Mutatis mutandis*, STEDH de 12 de octubre de 2006, *Kaya c. Rumania*, demanda n. 33970/05, párs. 58 a 60; STEDH de 8 de junio de 2006, *Lupsa c. Rumania*, demanda n. 10337/04, párs. 58 a 60.

¹⁶¹⁸ En este sentido, STJUE de 11 de diciembre de 2014, *Boudjlida*, asunto C-249/13, apdo. 29; STJUE de 5 de noviembre de 2014, *Mukarubega*, asunto C-166/13, apdos. 40 y 41; STJUE de 10 de septiembre de 2013, *G. y R.*, asunto C-383/13 PPU, apdo. 31. Cabe recordar que la finalidad de esta Directiva no es regular todo lo concerniente a la expulsión de un extranjero del territorio de un EM, sino que el objetivo es instaurar un procedimiento eficaz que garantice el retorno de los extranjeros en situación irregular, lo más rápido posible, a sus países de origen. Por tanto, como dispone el cuarto considerando de la Directiva 2008/115/CE, el juez nacional debe encontrar un justo equilibrio entre la necesidad de aplicar una “política efectiva de retorno como un elemento necesario de una política migratoria bien gestionada”.

¹⁶¹⁹ STJUE de 9 de febrero de 2017, *M.*, asunto C-560/14, apdo. 25; STJUE de 5 de noviembre de 2014, *Mukarubega*, asunto C-166/13, apdo. 49 y 50; STJUE de 11 de diciembre de 2014, *Boudjlida*, asunto C-249/13, apdos. 39 y 40.

¹⁶²⁰ STJUE de 11 de diciembre de 2014, *Boudjlida*, asunto C-249/13, apdo. 34; STJUE de 5 de noviembre de 2014, *Mukarubega*, asunto C-166/13, apdos. 45; STJUE de 22 de noviembre de 2012, *M.*, asunto C-277/11, apdo. 81 y jurisprudencia citada.

¹⁶²¹ STJUE de 22 de noviembre de 2012, *M.*, asunto C-277/11, apdo. 82. El derecho a una buena administración incluye, en particular, el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra

concreto, y de forma expresa, el art. 41.2, letra a) de la Carta establece “el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente”, lo que otorga a tal derecho el valor de rango constitucional¹⁶²². El derecho a ser oído en todo procedimiento garantiza a cualquier persona la posibilidad de expresar, de manera adecuada y efectiva, su punto de vista durante un procedimiento administrativo y antes de que se adopte cualquier decisión que pueda afectar de manera desfavorable a sus intereses¹⁶²³.

La finalidad que se persigue con el derecho a ser oído en este contexto, reside en que la autoridad competente pueda tener en cuenta a la hora de tomar su decisión la totalidad de los elementos, lo que se consigue al darle la oportunidad al interesado de que pueda corregir un error o invocar elementos personales que militen a favor o en contra de la decisión adoptada contra él¹⁶²⁴. En consecuencia, se trata de una disposición de alcance general extrapolable a todo procedimiento del cual pueda derivarse un acto desfavorable para un sujeto. Por esta vía, el respeto del derecho a ser oído es exigible incluso si la normativa aplicable no lo establece expresamente¹⁶²⁵. Además, en virtud del art. 51 de la Carta, el art. 41.2, letra a) debe ser cumplido por las autoridades nacionales cuando estas

suya una medida individual que le afecte desfavorablemente. A este respecto, la Comisión mantiene que tanto el derecho a una buena administración como el derecho de defensa se erigen como principios generales del DUE; Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión de 16 de noviembre de 2017 por la que se establece un «Manual de Retorno» común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno. Bruselas, 16 de noviembre de 2017 (*DOUE* L 339/83, de 19 de diciembre de 2017), p. 130.

¹⁶²² Véanse las Conclusiones del AG Sr. Melchior Wathelet, presentadas el 23 de agosto de 2013, *G. y R.*, asunto C-383/13 PPU, punto 49.

¹⁶²³ STJUE de 26 de julio 2017, *Sacko*, asunto C-348/16, apdo. 34; STJUE de 9 de febrero de 2017, *M.*, asunto C-560/14, apdo. 31; STJUE de 11 de diciembre de 2014, *Boudjlida*, asunto C-249/13, apdos. 34 y 36; STJUE de 5 de noviembre de 2014, *Mukarubega*, asunto C-166/13, apdo. 46; STJUE de 22 de noviembre de 2012, *M.*, asunto C-277/11, apdo. 87. En este sentido, la existencia de una violación del derecho de defensa y del derecho a la tutela judicial efectiva debe apreciarse en función de las circunstancias específicas de cada asunto, y en particular de la naturaleza del acto de que se trate, del contexto en el que se adoptó y de las normas jurídicas que regulan la materia correspondiente; STJUE de 9 de febrero de 2017, *M.*, asunto C-560/14, apdo. 33.

¹⁶²⁴ STJUE de 11 de diciembre de 2014, *Boudjlida*, asunto C-249/13, apdo. 37; STJUE de 5 de noviembre de 2014, *Mukarubega*, asunto C-166/13, apdo. 47 y jurisprudencia citada. En el ámbito español, el TC también determina que la audiencia del interesado, conforme a lo dispuesto en el art. 20.2 de la LODYLE permite valorar circunstancias distintas que, por ejemplo, las relativas solamente a los antecedentes penales; STC 46/2014, de 7 de abril (*BOE* n. 111, de 7 de mayo de 2014), F.J. 5º.

¹⁶²⁵ STJUE de 10 de septiembre de 2013, *G. y R.*, asunto C-383/13 PPU, apdo. 32; STJUE de 22 de noviembre de 2012, *M.*, asunto C-277/11, apdo. 86. La Comisión secunda lo mantenido por el TJUE en este sentido al sostener que: “los Estados miembros deben cumplir siempre las garantías que se indican a continuación, aunque ello no se especifique expresamente en los artículos pertinentes de la Directiva relativa al retorno”, entre cuyas garantías se encuentra el derecho de toda persona a ser oída; Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión de 16 de noviembre de 2017 por la que se establece un «Manual de Retorno» común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno. Bruselas, 16 de noviembre de 2017 (*DOUE* L 339/83, de 19 de diciembre de 2017), p. 130.

aplican las normas de la UE¹⁶²⁶, lo que incluye, como es evidente, las directivas europeas en materia de extranjería¹⁶²⁷. En ese sentido, la decisión de expulsión, conforme a la definición dada en el art. 3.4 y a la que hace referencia el art. 6.1 de la Directiva 2008/115/CE, constituye una resolución lesiva para su destinatario. Si un EM declara irregular la situación de un extranjero, esta situación conlleva una obligación de expulsión¹⁶²⁸.

Por tanto, los EM, en el marco de su autonomía procesal, deben establecer, por una parte, las condiciones conforme a las que ha de asegurarse el respeto del derecho a ser oídos de los extranjeros en situación irregular y, por otra parte, las consecuencias de la vulneración de tal derecho¹⁶²⁹. Dicha autonomía procesal no debe obviar los criterios interpretativos que el TJUE ha elaborado en relación al derecho a ser oído. La autonomía procesal de los EM se encuentra supeditada al principio de efectividad; esto es, los EM gozan de un margen de discrecionalidad amplio en el cumplimiento del derecho a ser oído, siempre y cuando tal derecho se ejerza de manera efectiva.

No obstante, no toda infracción del derecho a ser oído origina automáticamente la ilegalidad de la decisión adoptada, en el sentido del art. 15 de la Directiva 2008/115/CE. Así como tampoco exige la puesta en libertad del extranjero si dicho trámite procesal no hubiera sido aplicado en el marco del internamiento. Es necesario comprobar, en función de las circunstancias del caso, si las irregularidades procedimentales que han privado de manera efectiva a los sujetos de la posibilidad de ejercer mejor su defensa, derivan hasta tal punto que el procedimiento hubiera llevado a un resultado diferente de no haberse respetado el derecho a ser oído¹⁶³⁰. En definitiva, el ejercicio del derecho a ser oído se encuentra limitado por el correcto funcionamiento del sistema previsto para el ejercicio del derecho de defensa¹⁶³¹.

¹⁶²⁶ En concreto, el art. 51.1 de la CDFUE establece que: “las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando aplique el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión”.

¹⁶²⁷ En este sentido véase, a título de ejemplo, el considerando 31 de la Directiva 2004/38/CE, el considerando 60 de la Directiva 2013/32/UE y el considerando 24 de la Directiva 2008/115/CE, donde se viene a establecer que dichas directivas respetan los derechos fundamentales y tienen en cuenta los principios consagrados, especialmente, en la CDFUE.

¹⁶²⁸ Véanse las conclusiones del AG Sr. Melchior Wathelet, presentadas el 25 de junio de 2014, *Boudjlida*, asunto C-249/13, punto 50.

¹⁶²⁹ STJUE de 10 de septiembre de 2013, *G. y R.*, asunto C-383/13 PPU, apdo. 37.

¹⁶³⁰ STJUE de 10 de septiembre de 2013, *G. y R.*, asunto C-383/13 PPU, apdos. 39 y 44

¹⁶³¹ En este sentido, que se admitan restricciones a algunos de los derechos que conforman el derecho de defensa, como es el derecho a ser oído, no es de sorprender ya que los derechos fundamentales pueden

La Comisión sostiene que las garantías procesales contenidas en la Directiva Retorno deben aplicarse a todas las decisiones relacionadas con el retorno¹⁶³². En sintonía con esta recomendación, el TJUE, además de exigir a las autoridades que permitan al extranjero exponer las razones que lo asisten en contra de su expulsión, también requiere escucharle con el fin de conocer la modalidad de salida, ya sea voluntaria o forzosa¹⁶³³.

Asimismo, el art. 5 de la Directiva Retorno, con el título “no devolución, interés superior del niño, vida familiar y estado de salud”, establece la necesidad de considerar las citadas circunstancias a la hora de aplicar la Directiva¹⁶³⁴. Para evaluar estas circunstancias, el TJUE considera obligatorio oír al extranjero contra el que recae la decisión de expulsión, con el fin de conocer su situación relativa a las circunstancias descritas en el art. 5 citado¹⁶³⁵.

El derecho a ser oído no es un derecho absoluto. En el contexto de la Directiva Retorno el tribunal de Luxemburgo mantiene lo siguiente:

“El derecho a ser oído no puede interpretarse en el sentido de que, cuando la autoridad nacional competente pretenda adoptar simultáneamente una decisión en la que declare la irregularidad de la situación y una decisión de retorno¹⁶³⁶, dicha

verse sometidos a algunos límites, como demuestra la jurisprudencia del TJUE, basados en intereses de carácter general siempre y que se respete el principio de proporcionalidad; SPITALERI, F., “Il rimpatrio dell’immigrato in condizione di soggiorno irregolare: il difficile equilibrio tra efficienza delle procedure e garanzie in favore dello straniero nella disciplina dell’Unione europea”, en AMADEO, S., y SPITALERI, F. (Eds.), *Le garanzie fondamentali dell’immigrato in Europa*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2015, 291-323, p. 315.

¹⁶³² Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión de 16 de noviembre de 2017 por la que se establece un «Manual de Retorno» común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno. Bruselas, 16 de noviembre de 2017 (DOUE L 339/83, de 19 de diciembre de 2017), p. 131.

¹⁶³³ STJUE de 11 de junio de 2015, *Z. Zh.*, asunto C-554/13, apdo. 69; STJUE de 11 de diciembre de 2014, *Boudjlida*, asunto C-249/13, apdo. 51. En este punto cabe subrayar que el TJUE aboga por privilegiar el retorno voluntario al forzoso y conceder un plazo de salida voluntaria; véase en este sentido el décimo considerando de la Directiva 2008/115/CE y la STJUE de 28 de abril de 2011, *El Dridi*, asunto C-61/11 PPU, apdo. 36 y 37.

¹⁶³⁴ Estos límites a la expulsión tienen en común haber sido establecidos como tal por la jurisprudencia del TEDH, lo que pone de manifiesto que la labor interpretativa de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales sirve para restringir el alcance de la discrecionalidad del Estado cuando adopta una decisión de expulsión; FAJARDO DEL CASTILLO, T., “La Directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular”, *RDCE*, n. 33, 2009, 453-499, p. 470.

¹⁶³⁵ STJUE de 11 de diciembre de 2014, *Boudjlida*, asunto C-249/13, apdos. 49 y 50. En este sentido también se posiciona la Comisión Europea; Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión de 16 de noviembre de 2017 por la que se establece un «Manual de Retorno» común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno. Bruselas, 16 de noviembre de 2017 (DOUE L 339/83, de 19 de diciembre de 2017), p. 131.

¹⁶³⁶ El art. 6.6 de la Directiva 2008/115 permite a los EM adoptar una decisión sobre la finalización de la situación regular junto con la decisión de retorno. Por su parte, la definición dada por el art. 3.4 del concepto “decisión de retorno” asocia la declaración acerca de la irregularidad de la situación del extranjero con la obligación de retorno. Por tal razón, y sin perjuicio de las excepciones establecidos en los apdos. 2 a 5 del

autoridad haya de oír necesariamente al interesado de manera que le permita hacer valer su punto de vista específicamente respecto de esta última decisión, siempre que éste haya tenido la posibilidad de expresar de manera adecuada y efectiva su punto de vista en relación con la irregularidad de su situación y los motivos que puedan justificar, en virtud del Derecho nacional, que dicha autoridad no adopte una decisión de retorno”¹⁶³⁷.

Por consiguiente, si el derecho a ser oído es plenamente respetado cuando se decide el carácter irregular de la estancia del extranjero en el EM, las autoridades nacionales pueden no volver a escuchar al extranjero cuando se adopta la decisión de retorno. Para el TJUE la importancia del derecho del extranjero a ser oído antes de que se adopte contra él una decisión de retorno, no puede desembocar en una apertura indefinida del procedimiento de expulsión. Con ello el tribunal de Luxemburgo intenta preservar el equilibrio entre el derecho fundamental del interesado a ser oído antes de que se adopte contra él una decisión contraria a sus intereses y la obligación de los EM de adoptar medidas efectivas para hacer frente a la inmigración ilegal¹⁶³⁸.

Además, al permitir al extranjero ejercer su derecho a ser oído únicamente en el marco del procedimiento por el que se decide su situación administrativa, se da cumplimiento al considerando 6 de la Directiva Retorno, en el que se establece que: “las decisiones que se tomen en el marco de la presente Directiva deben adoptarse de manera individualiza y fundándose en criterios objetivos, lo que implica que se deben tener en cuenta otros factores además del mero hecho de la estancia irregular”. Por tanto, el derecho a ser oído en el procedimiento que decide acerca de la regularidad o irregularidad de la estancia del extranjero en el EM, ya opera como una garantía de individualización.

Otros instrumentos normativos no dedicados exclusivamente al retorno de extranjeros también reconocen, de manera expresa, el derecho a ser oído. El art. 31.4 de la Directiva 2004/38/CE establece que, a pesar de que los EM pueden rechazar la presencia del interesado en su territorio durante el procedimiento de recurso contra la decisión de expulsión, no pueden prohibirle que presente su defensa en persona en una vista; salvo por cuestiones de orden y seguridad pública, y cuando el recurso se refiera a

art. 6 de la Directiva Retorno, la adopción de una decisión de retorno es consecuencia obligada de la decisión que establece el carácter irregular de la situación del interesado.

¹⁶³⁷ STJUE de 5 de noviembre de 2014, *Mukarubega*, asunto C-166/13, apdo. 60.

¹⁶³⁸ STJUE de 5 de noviembre de 2014, *Mukarubega*, asunto C-166/13, apdo. 61. Véanse también las conclusiones del AG Sr. Melchior Wathelet, presentadas el 25 de junio de 2014, *Mukarubega*, asunto C-166/13, punto 72.

una denegación de entrada en el territorio. Por tanto, se reconoce el derecho del interesado a ser escuchado en audiencia pública. Además, para el TJUE incluso la necesaria protección de la seguridad de Estado, no puede tener como efecto privar al extranjero de su derecho a ser oído ni, por tanto, hacer inefectivo el derecho de este a interponer los oportunos recursos contra la decisión de expulsión prevista en el art. 31 de la Directiva 2004/38/CE¹⁶³⁹.

Por su parte, en lo que respecta a las decisiones relativas a la concesión, denegación o retirada de protección internacional, el tribunal de Luxemburgo insiste a los EM que son responsables de garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los solicitantes. En concreto, el derecho a ser oído en el sentido de dar la oportunidad al solicitante de exponer eficazmente sus observaciones antes de que adopte cualquier resolución por la que se deniegue la protección solicitada. En consecuencia, el TJUE subraya la necesidad de que los EM garanticen plenamente el derecho del solicitante a ser oído, tanto en el procedimiento dirigido a obtener el estatuto de refugiado, como en el procedimiento por el que se tramita una solicitud de protección subsidiaria; en el caso de que ambos procedimientos sean distintos y sucesivos¹⁶⁴⁰.

Asimismo, en el contexto de los procedimientos por los que se concede protección internacional, el derecho a ser oído antes de que se adopte una decisión sobre una solicitud de protección internacional, permite al solicitante exponer ante la administración sus circunstancias concretas con el fin de poner de manifiesto los riesgos a los que se vería expuesto de ser expulsado a su país de origen¹⁶⁴¹. La exposición por parte del extranjero de estas circunstancias ante la autoridad competente puede realizarse por escrito y, por tanto, el derecho a ser oído en este contexto no conlleva un derecho a una audiencia oral. Son los órganos jurisdiccionales competentes los que tienen la facultad de comprobar si existe en cada caso circunstancias concretas que hagan necesaria la audiencia oral con el fin de que el derecho del extranjero a ser oído se respete de manera efectiva¹⁶⁴².

Con relación a la retirada del estatuto de protección internacional, en el art. 45.1, letra b) de la Directiva 2013/32/UE, se reconoce al nacional de un tercer país la posibilidad de

¹⁶³⁹ STJUE de 4 de junio de 2013, ZZ, asunto C-300/11, apdo. 65.

¹⁶⁴⁰ Por tanto, en un sistema donde ambos estatutos de protección internacional son tramitados en procedimientos independientes y sucesivos, “el hecho de que el interesado ya haya sido oído válidamente durante la tramitación de su solicitud de concesión del estatuto de refugiado no implica que pueda omitirse esta formalidad en el procedimiento relativo a la solicitud de protección subsidiaria”; STJUE de 22 de noviembre de 2012, M., asunto C-277/11, apdo. 2 parte dispositiva.

¹⁶⁴¹ STJUE de 9 de febrero de 2017, M., asunto C-560/14, apdo. 37

¹⁶⁴² STJUE de 9 de febrero de 2017, M., asunto C-560/14, apdos. 48 a 52.

exponer, en una entrevista personal o mediante escrito de alegaciones, los motivos por los cuales no se le debe retirar su protección internacional y, con ello, no proceder a su expulsión. Empero, este precepto no obliga expresamente al órgano jurisdiccional que conozca del recurso contra la decisión de retirar la protección internacional, a celebrar una audiencia en el marco de dicho recurso¹⁶⁴³. En cambio, al igual que sucede en el ámbito de la Directiva Retorno, el órgano jurisdiccional puede decidir de manera discrecional, si es necesario oír al solicitante, en aras de asegurar la tutela judicial efectiva así como los derechos e intereses del solicitante¹⁶⁴⁴.

Por tanto, el derecho de defensa –en el que se incluye el derecho a ser oído–, no constituye una prerrogativa absoluta. Caben restricciones siempre que estas obedezcan al interés general perseguido por la medida en cuestión y en tanto no constituyan, teniendo en consideración el objetivo perseguido, una intervención desproporcionada que afecte a la esencia de los derechos garantizados¹⁶⁴⁵. El TJUE se basa en la jurisprudencia del TEDH; en concreto para interpretar el art. 47 de la Carta de conformidad con los arts. 6.1 y 13 del CEDH. Aunque la jurisprudencia sobre el art. 6 del CEDH –relativo al derecho a un proceso equitativo– no se refiere expresamente a contextos migratorios (epígrafe 4), el TJUE se basa en la interpretación que el TEDH hace del citado precepto para mantener que ni el art. 6.1 del CEDH ni el art. 47 de la Carta, así como ninguna otra disposición de esta, impone la obligación absoluta de celebrar una vista en todos los procedimientos¹⁶⁴⁶; entre ellos, los que tienen que ver con la expulsión de extranjeros.

7. EL DERECHO A ESTAR REPRESENTADO ANTE LA AUTORIDAD COMPETENTE

El art. 26.1, letra e) del Proyecto de la CDI reconoce el derecho de los extranjeros a estar representados ante la autoridad competente. El órgano técnico-codificador mantiene que este derecho no representa una obligación para los Estados expulsores de sufragar los

¹⁶⁴³ STJUE de 26 de julio 2017, *Sacko*, asunto C-348/16, apdo. 24.

¹⁶⁴⁴ STJUE de 26 de julio 2017, *Sacko*, asunto C-348/16, apdo. 44. Por tanto, a diferencia de lo que sucede en el art. 14, enmarcado en la fase administrativa de los procedimientos comunes para la concesión o retirada de protección internacional, el art. 46 de la Directiva, en relación al recurso contra la decisión de retirar la protección internacional, no recoge de manera expresa el trámite de la entrevista persona en el procedimiento jurisdiccional.

¹⁶⁴⁵ STJUE de 26 de julio 2017, *Sacko*, asunto C-348/16, apdo. 38; STJUE de 11 de diciembre de 2014, *Boudjlida*, asunto C-249/13, apdo. 43; STJUE de 5 de noviembre de 2014, *Mukarubega*, asunto C-166/13, apdo. 56; STJUE de 10 de septiembre de 2013, *G. y R.*, asunto C-383/13 PPU, apdo. 33.

¹⁶⁴⁶ Véase STJUE de 26 de julio 2017, *Sacko*, asunto C-348/16, apdos. 39 y 40 y la jurisprudencia citada, aunque no referida expresamente a temas concernientes a la extranjería, del TEDH.

gastos de representación, así como tampoco el derecho a un abogado¹⁶⁴⁷. Aunque el Ponente de la CDI consideró que en el marco del desarrollo progresivo se debería incluir tal obligación en el Proyecto¹⁶⁴⁸, finalmente se tuvieron en cuenta las observaciones realizadas por Estados como Reino Unido, claramente contrarios a reconocer una obligación con este alcance¹⁶⁴⁹.

En cualquier caso, cabe valorar que la redacción de esta disposición adolece de vaguedad e indeterminación, lo que no es paliado con los comentarios de la CDI, ya que no aclaran el contenido y alcance del derecho estar representado ante la autoridad competente. La CDI se limita a señalar que esta disposición se inspira en el art. 13 del PIDCP, pero no hay práctica del CDH relativa a este precepto. Por su parte, el CRC mantiene que el menor necesita representación letrada adecuada en los casos en que los tribunales y órganos equivalentes deban evaluar y determinar cuál es el interés superior del menor, en concreto, “el niño debe disponer de representación letrada”¹⁶⁵⁰. Como ejemplo, el derecho de asistencia jurídica es un ámbito de especial preocupación para el CRC en relación a la situación de los menores extranjeros que llegan a Ceuta y Melilla. Esta preocupación se debe, entre otras cosas, a la falta de asistencia jurídica o el retraso en su prestación a los menores. Una de las soluciones propuestas por el CRC al Estado español para mitigar estas deficiencias, consiste en establecer centros de recepción apropiados, especialmente en Ceuta, Melilla y Andalucía, dotados de asistencia jurídica especializada¹⁶⁵¹.

¹⁶⁴⁷ Proyecto de la CDI, Doc. A/69/10, comentario 6) a la propuesta de art. 26, p. 76.

¹⁶⁴⁸ CDI, “Sexto informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, adición primera, A/CN.4/625/Add.1, 28 de mayo de 2010, p. 46.

¹⁶⁴⁹ Reino Unido observó que de la lectura del art. 13 del PIDCP quedaba claro que la obligación del Estado se limita a dar a la persona la posibilidad de hacerse representar, en cambio, si se incorpora el término “derecho” a la letra e) del apdo. 1 del art. 26 esto podría dar lugar a pensar que se le impone al Estado la obligación positiva de velar por que la persona sea representada, riesgo que se ve exacerbado por la diferente redacción del art. 13 del PIDCP y el art. 26.1 e). Reino Unido pone de manifiesto que estaría dispuesto a aceptar este precepto si se aclarara que, lo que el Estado debe permitir en todos los casos es hacerse representar ante la autoridad competente, pero sin que ello signifique que tenga el derecho de representación. Por tanto, con la matización realizada por la CDI en sus comentarios al precepto disipa, al menos en parte, las inquietudes que Reino Unido manifestadas por Reino Unido en relación al derecho a estar representado ante la autoridad competente; CDI, “Expulsión de extranjeros. Comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos”, A/CN.4/669, 21 de marzo de 2014, pp. 65 y 66.

¹⁶⁵⁰ CRC, Observación general n. 14 (2013) “sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, pár. 1)”, CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013, pár. 96. Por su parte la CorteIDH también sostiene que para velar por el interés superior de un menor involucrado en un proceso migratorio es necesario que se garantice a este un efectivo acceso a la justicia para lo que se hace necesario un tipo de asistencia jurídica especializada; CorteIDH, Opinión consultiva OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional*. 19 de agosto de 2014, párs. 130 y 131.

¹⁶⁵¹ CRC, “Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España”, CRC/C/ESP/CO/5-6, 5 de marzo de 2018, párs. 43, letra c) y 44, letra b). Para un estudio sobre la

En el ámbito regional europeo, en el art. 1.1, letra c) del Protocolo n. 7 al CEDH se reconoce a los extranjeros residentes legalmente en un EP, el derecho a hacerse representar ante la autoridad competente o ante personas designadas por esta autoridad. Pero, ni de la redacción del precepto ni de la jurisprudencia del TEDH, se puede concluir que tal derecho obligue a que el Estado provea al extranjero con un abogado para tal fin. Por su parte, la denegación deliberada y sistemática del acceso a un abogado, especialmente en el caso de personas detenidas en un país extranjero, es una forma de injusticia que puede llegar a constituir una flagrante denegación de justicia contraria al art. 6 del CEDH¹⁶⁵². Como ya se señaló en el epígrafe 4, este art. 6, en el que se regula el derecho a un proceso equitativo, no es de aplicación en el ámbito de la expulsión de extranjeros. Además, en casos de detención de extranjeros opera la *lex specialis* procesal contenida en el propio art. 5 del CEDH (Capítulo VI.3.1.).

Las escasas veces que el tribunal de Estrasburgo se ha referido al derecho de los extranjeros a recibir asistencia jurídica, lo ha hecho en el marco de la interpretación y aplicación del art. 13 del CEDH, relativo al derecho a un recurso efectivo. En este sentido, la asistencia letrada es condición necesaria para el correcto uso de los recursos legales disponibles en el EP. En *Alimov c. Turquía*, el TEDH mantiene que la falta de asistencia letrada durante la detención del demandante en el centro de detención del aeropuerto, en su caso, le habría impedido hacer uso de los recursos legales disponibles¹⁶⁵³.

La falta de acceso a un abogado puede constituir un obstáculo de hecho capaz de impedir el acceso de un extranjero al recurso previsto en el EP, especialmente en el caso de los solicitantes de asilo. En *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, se concluye la vulneración del art. 13 del CEDH, entre otros motivos, porque el demandante, quien carece de medios para costearse un abogado, no recibe ninguna información sobre las organizaciones que

representación y asistencia letrada de los menores extranjeros especialmente en relación al panorama español véase, BOLLO AROCENA, M.D., *Expulsión de extranjeros, derecho internacional y derecho europeo*, Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 159 a 161.

¹⁶⁵² STEDH de 24 de julio de 2014, *Husayn (Abu Zubaydah) c. Polonia*, demanda n. 7511/13, p. 552; STEDH de 24 de julio de 2014, *Al Nashiri c. Polonia*, demanda n. 28761/11, p. 562; STEDH de 17 de enero de 2012, *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, demanda n. 8139/09, p. 259.

¹⁶⁵³ STEDH de 6 de septiembre de 2016, *Alimov c. Turquía*, demanda n. 14344/13, p. 66. En este sentido, STEDH de 22 de septiembre de 2009, *Abdolkhani y Karimnia c. Turquía*, demanda n. 30471/08, párs. 113 y 114. Véase *mutatis mutandis* STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, demanda n. 22414/93, p. 154. A su vez, al igual que la asistencia letrada es una precursora del resto de garantías procesales, el CPT entiende que la notificación de la resolución de expulsión en tiempo y forma, es condición necesaria para el acceso efectivo a un abogado; En concreto, en las observaciones formuladas a España en 2016 el CPT sostiene que: “the practice of late or even last-minute notification of an imminent removal risks rendering access to a lawyer illusory”; CPT, “Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the CPT from 17 to 19 February 2016”, CPT/Inf (2016) 35. Strasbourg, 15 december 2016, p. 10, p. 18.

ofrecen asesoramiento y orientación legal. A esto se añade la escasez de abogados establecidos en la lista del sistema de ayuda legal de Grecia, lo que evidencia la ineficacia práctica del sistema¹⁶⁵⁴. Del mismo modo, en *Čonka c. Bélgica* se identifican una serie de factores que afectan a la accesibilidad del recurso, como es que las autoridades estatales no ofrecen ningún tipo de asistencia jurídica a los demandantes, ni en la estación de policía, ni en el centro donde estos son retenidos¹⁶⁵⁵.

Sin embargo, de la lectura de los anteriores pronunciamientos no puede concluirse que el TEDH exija a los EP proveer a los extranjeros de un abogado financiado por el Estado. En el seno del COE, en las Directrices del Comité del Ministros sobre el retorno forzoso, al referirse al recurso al que tienen acceso los extranjeros en vías de expulsión, se indica que para asegurar la accesibilidad del recurso, cuando el extranjero no cuente con medios suficientes para sufragar la asistencia jurídica necesaria, el Estado debe otorgar dicha asistencia legal de manera gratuita, conforme a la normativa nacional pertinente¹⁶⁵⁶. Pero tal recomendación o directriz no tiene eficacia vinculante. Se debe destacar, a este respecto, que la jurisprudencia de la CorteIDH en relación con la asistencia letrada a costa del Estado, es en comparación más garante con los derechos de los extranjeros, que la emanada del TEDH¹⁶⁵⁷.

En otro orden de ideas, en el mismo sentido en el que se ha expuesto que, en ocasiones, la falta de acceso a un recurso efectivo en el procedimiento de expulsión es un indicativo que permite al TEDH identificar una expulsión colectiva (epígrafe 5.2.3.2.), la falta de acceso a representación jurídica también puede poner de manifiesto una expulsión de este tipo. Por ejemplo, en *Georgia c. Rusia (I)*, se comprueba que la Federación de

¹⁶⁵⁴ STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n. 30696/09, pág. 319.

¹⁶⁵⁵ STEDH de 5 de febrero de 2002, *Čonka c. Bélgica*, demanda n. 51564/99, pág. 44.

¹⁶⁵⁶ Committee of Ministers, "Twenty Guidelines on Forced Returns", CM(2005)40 final. Strasbourg, 9 may 2005, directriz 5, apdo. 2.

¹⁶⁵⁷ En concreto, la CorteIDH mantiene abiertamente la importancia de la asistencia letrada en aquellos supuestos referentes a personas extranjeras, que pueden no conocer el sistema legal del país en el que se halla. En estos supuestos la Corte afirma que el Estado en cuestión debe tomar en consideración estas circunstancias, así como las particularidades del caso concreto, con el fin de que el extranjero goce de un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios. Así la cosas, en asuntos en los que la persona es sometida a un proceso administrativo sancionatorio, como es la expulsión del territorio de un Estado, la CorteIDH indica a los Estados que: "la asistencia jurídica gratuita se vuelve un imperativo del interés de la justicia"; de lo contrario, el desequilibrio procesal ocasionado deja al sujeto sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo; CorteIDH, *Caso Nadege Dorzema y otros c. República Dominicana*. Sentencia de 24 de octubre de 2012 (Fondo, reparaciones y costas), pág. 164. Además, la CorteIDH estima que la asistencia debe ser ejercida por un profesional del derecho, con el fin de satisfacer los requisitos de una defensa técnica reconocida en el art. 8.2 de la CADH, a través de la cual se asesore a la persona sometida a un proceso, *inter alia*, sobre la posibilidad de ejercer los recursos contra los actos que afecten derechos; CorteIDH, *Caso Vélez Loor c. Panamá*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), págs. 132.

Rusia ha seguido un patrón de expulsiones recurrente en todo el territorio ruso. Conforme a este patrón, los extranjeros son expulsados sin representación alguna o examen de las circunstancias particulares de cada caso¹⁶⁵⁸.

En el DUE, la Directiva 2008/115/CE regula tanto el derecho del extranjero a obtener asesoramiento jurídico, como a recibir representación legal de forma gratuita¹⁶⁵⁹. Con esta disposición, el legislador adecúa la Directiva sobre el retorno con lo establecido en el art. 47 de la CDFUE, precepto que reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita a todo aquel que no disponga de recursos suficientes, con el fin de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva. No obstante, por un lado, en virtud del art. 13.3 de la citada Directiva, únicamente se contempla la asistencia jurídica tras la adopción de una decisión de retorno y exclusivamente en el marco de un recurso interpuesto contra tales decisiones¹⁶⁶⁰ “ante un órgano jurisdiccional, una autoridad administrativa y otro órgano competente compuesto por miembros imparciales y con garantías de independencia”¹⁶⁶¹. Por otro lado, con arreglo al art. 13.4, únicamente en determinadas circunstancias debe

¹⁶⁵⁸ STEDH de 3 de julio de 2014, *Georgia c. Rusia (I)*, demanda n. 13255/07, párr. 172.

¹⁶⁵⁹ En concreto, el art. 13.3 de la Directiva 2008/115/CE establece que: “el nacional de un tercer país de que se trate tendrá la posibilidad de obtener asesoramiento jurídico, representación y, en su caso, asistencia lingüística”. En relación a la expresión “podrá tener”, CHUECA SANCHO lanza el interrogante “¿cómo se defenderá un extranjero si no tiene asesoramiento jurídico, representación y asistencia lingüística? ¿no se convierten, en caso contrario, las vías de recurso en pura falacia?”; CHUECA SANCHO, A.G., “Un derecho migratorio europeo cada día más incompatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en CHUECA SANCHO, A.G. (Dir.), *Derechos humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea*, Lex Nova, Valladolid, 2010, 135-157, p. 146. Respecto al asesoramiento jurídico, la Comisión Europea recomienda que, en principio, si la información facilitada es objetiva, las autoridades administrativas responsables de dictar las decisiones de retorno también pueden facilitar asesoramiento jurídico. En este sentido, una práctica que los EM están implementando es la de diferenciar entre las autoridades encargadas de adoptar las decisiones de las de aquellas autoridades que facilitan información jurídica y procesal; Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión de 16 de noviembre de 2017 por la que se establece un «Manual de Retorno» común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno. Bruselas, 16 de noviembre de 2017 (*DOUE* L 339/83, de 19 de diciembre de 2017), p. 136. Por su parte, el apdo. 4 del art. 14 dispone que: “Los Estados miembros velarán por que la asistencia jurídica y/o la representación legal necesaria se conceda, previa solicitud, de forma gratuita con arreglo a la legislación nacional pertinente o las normas relativas a la asistencia jurídica gratuita, y podrán disponer que tal asistencia jurídica y/o representación legal gratuita esté sujeta a las condiciones establecidas en el artículo 15, apartados 3 a 6, de la Directiva 2005/85/CE”.

¹⁶⁶⁰ Se ha adjetivado de “descorazonador” que la Directiva Retorno solamente prevea la asistencia jurídica –gratuita en su caso–, el derecho de representación y asistencia lingüística en el procedimiento de recurso contra la resolución de retorno, sin que tales derechos sean asegurados en el procedimiento previo en el cual esta orden ha sido adoptada; ARANGÜENA FANEGO, C., “Garantías procesales en la Directiva de retorno”, *REE*, n. 50, 2008, 73-91, p.86.

¹⁶⁶¹ LIGUORI apunta que, aunque la Directiva Retorno no prevea la necesidad de que el recurso sea interpuesto únicamente ante un órgano judicial, una interpretación respaldada por el art. 47 de la CDFUE lleva a reconocer el derecho a un recurso efectivo y a un juez imparcial en todos los casos en los cuales se encuentre en juego un derecho garantizado por el ordenamiento europeo; LIGUORI, A., *Le garanzie procedurali avverso l'espulsione degli immigrati in Europa*, 2ª ed., Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, p. 178 y 179.

concederse asistencia jurídica gratuita a petición de los interesados¹⁶⁶². A este respecto, el TJUE afirma que:

“Un nacional de un tercer país en situación irregular puede, en todo caso, recurrir a su propia costa, a un letrado para que le asista cuando preste declaración ante las autoridades nacionales competentes, siempre que el ejercicio de este derecho no perjudique la buena marcha del procedimiento de retorno y no comprometa la aplicación eficaz de la Directiva 2008/115”¹⁶⁶³.

Cabe valorar que el acceso efectivo a un abogado constituye una garantía esencial para el correcto ejercicio de las vías de recurso contra las decisiones relativas a la expulsión, en los términos expuestos en el art. 13 de la Directiva Retorno. Asimismo, el acceso a un abogado también puede considerarse como parte integrante del derecho a ser oído. El TJUE mantiene que el derecho a ser oído, tal y como se aplica en el marco del art. 6 de la Directiva 2008/115/CE, no conlleva una obligación para los EM de hacerse cargo de dicha asistencia en el marco de la asistencia jurídica gratuita¹⁶⁶⁴. Asimismo, otras limitaciones al derecho a la asistencia jurídica y/o representación legal vienen impuestas expresamente por el legislador en el apdo. 4 del art. 13 de la Directiva Retorno. Esta norma permite que los EM limiten el citado derecho a los requisitos formulados en el art. 21 de la Directiva 2013/32/UE¹⁶⁶⁵.

¹⁶⁶² STJUE de 11 de diciembre de 2014, *Boudjlida*, asunto C-249/13, apdo. 64. Resulta interesante poner de relieve que, cuando entra en vigor la Directiva Retorno, de acuerdo al art. 20 de la Directiva 2008/115/CE, el legislador da una prórroga de un año a los EM para comenzar a brindar la gratuidad de la asistencia jurídica y/o representación legal. Dicha “deferencia” se vincula con las reticencias de algunos EM a reconocer este derecho, especialmente por motivos presupuestarios; CERIANI CERNADAS, P., “La Directiva de retorno de la Unión Europea: apuntes críticos desde una perspectiva de derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile*, n. 5, 2009, 85-94, p. 88.

¹⁶⁶³ STJUE de 11 de diciembre de 2014, *Boudjlida*, asunto C-249/13, apdo. 65.

¹⁶⁶⁴ STJUE de 11 de diciembre de 2014, *Boudjlida*, asunto C-249/13, apdo. 4 parte dispositiva.

¹⁶⁶⁵ Dicho precepto establece las condiciones para la puesta a disposición gratuita de información jurídica y procedimental y la prestación de asistencia y representación legal gratuitas a los solicitantes de protección internacional. La fórmula facultativa “podrán disponer” usada por la Directiva Retorno para que, aquellos Estados que así lo estimen, limiten el derecho a la asistencia jurídica/representación legal según lo establecido en la Directiva sobre procedimientos comunes ha sido considerada como una “falta de rigor jurídico”, al establecer como facultativa y no obligatoria la remisión a unas condiciones que bien pueden limitar el beneficio de la justicia gratuita, derecho que es manifestación de la tutela judicial efectiva; BOU FRANCH, V., REIG FABADO, I., “La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular”, *RGDE*, n. 19, 2009, 1-46, p. 32. Sobre una crítica a dicha remisión véase también, PÉREZ SOLA, N., “La Directiva de retorno y la involución en la Europa de los derechos”, *REJ*, n. 8, 2008, 1-13, p. 8. En un obligado ejercicio de transposición de lo establecido en el ámbito europeo, en España la LODYLE contempla en el art. 22.2 la asistencia letrada gratuita, así como la asistencia de intérprete, en los procedimientos administrativos que pueden llevar a la denegación de entrada, devolución o expulsión de extranjeros, siempre y cuando los extranjeros “carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa reguladora del derecho

8. EL DERECHO A SER ASISTIDO POR UN INTÉRPRETE

Para la CDI, un componente esencial del derecho a ser oído, así como del derecho a la notificación de la resolución de expulsión y el derecho a recurrir dicha resolución, es el derecho del extranjero a “ser asistido gratuitamente por un intérprete si no comprende o no habla el idioma empleado por la autoridad competente”¹⁶⁶⁶. Este derecho se regula en el art. 26.1, letra f) del Proyecto, cuya redacción es literalmente idéntica a la del art. 14.3, letra f), del PIDCP¹⁶⁶⁷. Si bien, según la CDI:

“no puede interpretarse que el derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete incluya el derecho a conseguir la traducción de documentos que pueden ser voluminosos, ni la interpretación a un idioma que no es de uso corriente en la región en que se encuentre el Estado o en el ámbito internacional, siempre que ello no impida que la audiencia sea imparcial”¹⁶⁶⁸.

A diferencia de lo que ocurre con el derecho a estar representado, el derecho a un intérprete sí encuentra reconocimiento en la legislación de varios Estados¹⁶⁶⁹. Por ejemplo, en el DUE la asistencia lingüística, además de implicar la presencia de

de asistencia jurídica gratuita”; En este sentido, la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica (*BOE* n. 11, de 12 de enero de 1996) establece en el art. 2, letra f) que: “en el orden contencioso-administrativo así como en la vía administrativa previa, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, aun cuando no residan legalmente en territorio español, tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuita en todos aquellos procesos relativos a su solicitud de asilo”. Acerca de la tutela judicial efectiva de los extranjeros en el Derecho español véase, REIG FABADO, I., “La Directiva retorno y la tutela judicial efectiva de los extranjeros”, en REIG FABADO, I. (Coord.), *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 283-321, pp. 303 a 307. Asimismo, Para un análisis de la asistencia jurídica en la Ley 12/2009 véase, SÁNCHEZ LEGIDO, A., “Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: a propósito de la nueva ley de asilo”, *REEI*, n. 18, 2009, 1-32, pp. 18 a 20.

¹⁶⁶⁶ Proyecto de la CDI, Doc. A/69/10, comentario 7) a la propuesta de art. 26, pp. 76 y 77.

¹⁶⁶⁷ Para el CDH este derecho es uno de los vértices que consagra los principios de justicia e igualdad procesal en los procesos penales. Además, el Comité mantiene que el derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete existe en todas las etapas del procedimiento oral y se aplica tanto a los extranjeros como a los nacionales; CDH, comunicación n. 2162/2012, *Ambaryan c. Kirguistán*, CCPR/C/120/D/2162/2012, 28 de julio de 2017, pár. 9.3.

¹⁶⁶⁸ Proyecto de la CDI, Doc. A/69/10, comentario 7) a la propuesta de art. 26, p. 77.

¹⁶⁶⁹ Véase el estudio de las legislaciones de diferentes Estados a este respecto en, CDI, “Expulsión de extranjeros. Memorando de la secretaria”, A/CN.4/565, 10 de julio de 2006, pár. 645. Austria solicitó la supresión de esta disposición debido a las importantes consecuencias presupuestarias que comportaría; CDI, “Expulsión de extranjeros. Comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos”, A/CN.4/669, 21 de marzo de 2014, p. 60. En el caso de España el art. 22.2 de la LODYLE reconoce el derecho del extranjero a la asistencia de un intérprete si no comprende o no habla la lengua oficial que se utilice cuando el extranjero carezca de recursos económicos suficientes. Como mantiene el TC, el reconocimiento a los extranjeros “tanto del derecho a la asistencia jurídica gratuita y la asistencia de intérprete en todos los procedimientos administrativos que puedan llevar a su devolución garantiza el derecho de defensa, en particular la formulación de alegaciones y la presentación de recursos”; STC 17/2013, de 31 de enero (*BOE* n. 49, de 26 de febrero de 2013), F.J. 12º.

intérpretes, también abarca la traducción de documentos, como se comprobará a continuación en este mismo epígrafe. En concreto el DUE no condiciona tal traducción a un determinado volumen ni a una lengua(s) de uso común, sino que el art. 12.2 de la Directiva 2008/115/CE dispone que, bajo previa petición, los Estados deben proporcionar una traducción escrita u oral de los principales elementos de las decisiones de retorno en un lenguaje que el extranjero en cuestión pueda entender¹⁶⁷⁰.

Por su parte, el CEDH no prevé expresamente la obligación de los EP de proveer de intérprete a los extranjeros en los procedimientos de expulsión¹⁶⁷¹. No obstante, como se comprobará a continuación, los EP deben facilitar a los extranjeros en vías de expulsión un intérprete, con el fin de cumplir los requisitos exigidos por otras garantías procesales sí previstas expresamente en el CEDH.

En este sentido, la infraestructura administrativa de los EP debe ser la necesaria para procesar adecuadamente una multitud de expulsiones en un corto periodo de tiempo. Ello exige realizar entrevistas personales que permitan identificar las circunstancias concretas del extranjero, lo que conlleva una cantidad adecuada de intérpretes que puedan atender las necesidades que se presenten en cada caso¹⁶⁷². Como se ha comprobado a lo largo del Capítulo IV.2., el correcto análisis de las circunstancias personales del extranjero y la adopción de una decisión de retorno a la luz de estas consideraciones, es la condición fundamental que permite determinar que la expulsión en cuestión no es una expulsión colectiva.

Asimismo, para considerar que los procedimientos de examen de las solicitudes de asilo de un EP cumplen con el criterio de accesibilidad que exige el derecho a un recurso ante la decisión emitida, es necesario, entre otras cosas, la existencia de un número razonable de intérpretes. Por ejemplo, en *Čonka c. Bélgica*, se constata la falta de acceso a un recurso efectivo, entre otras circunstancias, porque solo se encontraba disponible un intérprete dedicado a ayudar al gran número de familias romaníes, presentes en la estación

¹⁶⁷⁰ En la jurisprudencia véase STJUE de 14 de septiembre de 2017, *Petrea*, asunto C-184/16, apdo. 4 de la parte dispositiva.

¹⁶⁷¹ Por su parte, el Comisario para los DDHH del COE sí que recomienda de manera expresa a los EM que desde el momento de su llegada todo extranjero deberá hacerse entender, si es necesario a través de un intérprete costeado por el Estado de llegada, con el fin de que el extranjero pueda solicitar asilo; Commissioner for Human Rights, “Recommendation concerning the rights of aliens wishing to enter a Council of Europe member State and the enforcement of expulsion orders, CommDH(2001)19. Strasbourg, 19 September 2001, recomendación n. 2.

¹⁶⁷² En este sentido véase la STEDH de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia*, demanda n. 16483/12; STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda n. 27765/09, párs. 185 y 202.

de policía, para poder entender las comunicaciones verbales y escritas que se les dirigían¹⁶⁷³.

Aunque el TEDH se refiera en su jurisprudencia a la cantidad de intérpretes y no a la calidad de los mismos, el Comité de Ministros del COE mantiene que, cuando sea necesaria la asistencia de un intérprete, los EM deben garantizar que la interpretación sea provista de los estándares necesarios que permitan garantizar la calidad en la toma de decisiones. En este sentido, los procedimientos acelerados de tramitación de las solicitudes de asilo y la reducción de las escalas de tiempo procesales normalmente aplicables, no puede resultar un obstáculo para la aplicación de la garantía de la calidad de la interpretación¹⁶⁷⁴. En *I.M. c. Francia*, destaca el tiempo extremadamente breve que le es concedido al demandante para preparar su apelación contra la orden de expulsión. Tal brevedad impide al solicitante disponer de intérprete y abogado, por lo que se ve forzado a presentar su apelación en árabe, en un documento cuyos argumentos no se encuentran demasiado detallados y carecen de pruebas¹⁶⁷⁵.

El acceso a un intérprete es un elemento importante en la jurisprudencia del TEDH, para fundamentar la existencia de un recurso efectivo, o para demostrar que se ha analizado la situación individual del extranjero en cuestión, con el fin de evitar una expulsión colectiva. La falta de información esencial en un lenguaje comprensible durante la identificación de extranjeros tanto en puestos fronterizos, como en puertos o aeropuertos, priva a estos de cualquier posibilidad de solicitar asilo. Por tanto, en los supuestos de inmigrantes recién llegados a las fronteras de los EP, y con el fin de dar acceso a un derecho fundamental como es el derecho a solicitar protección internacional, “la participation [...]d’un interprète lors de l’identification est donc cruciale”¹⁶⁷⁶.

Por su parte, en el ámbito de la UE, la Directiva 2008/115/CE sí prevé expresamente en su art. 13.3 que los extranjeros, con el fin de ejercer el derecho efectivo a interponer un recurso contra la decisión relativa al retorno, tienen derecho a obtener asistencia lingüística. Por tanto, esta disposición converge con la posición adoptada por el TEDH

¹⁶⁷³ STEDH de 5 de febrero de 2002, *Čonka c. Bélgica*, demanda n. 51564/99, párr. 44. En este sentido véase, STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n. 30696/09, párr. 301.

¹⁶⁷⁴ Committee of Ministers, “Guidelines on human rights protection in the context of accelerated asylum procedures”. Strasbourg, 1 July 2009, directriz VIII, párr. 3. Sobre el acceso a intérpretes competentes, Parliamentary Assembly, “Resolution 1695 (2009) Final version. Improving the quality and consistency of asylum decisions in the Council of Europe member states”. Text adopted by the Standing Committee, acting on behalf of the Assembly, on 20 November 2009, párr. 8.1.3.

¹⁶⁷⁵ STEDH de 2 de febrero de 2012, *I.M. c. Francia*, demanda n. 9152/09, párr. 151.

¹⁶⁷⁶ STEDH de 21 de octubre de 2014, *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, demanda n. 16643/09, párrs. 217 y 242. En este sentido, STEDH de 3 de octubre de 2017, *N.D. y N.T. c. España*, demandas nos. 8675/15 y 8697/15, párr. 120.

en relación a la necesidad de que los extranjeros sean asistidos por un intérprete con el fin de que el recurso disponible en el EP sea realmente efectivo. Si bien es cierto que, a diferencia de lo que ocurre con la asistencia jurídica, la letra de la Directiva Retorno no concreta si la puesta a disposición de un intérprete por parte de un EM debe ser de forma gratuita. La jurisprudencia del TJUE tampoco se ha pronunciado, hasta ahora, a este respecto. No obstante, la gratuidad del intérprete sí que se encuentra expresamente prevista en el art. 12.1, letra b), de la Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional. Concretamente señala que los EM deben garantizar que los solicitantes sean provistos, a través de fondos públicos, de los servicios de un intérprete en aquellos casos en los que dicha asistencia sea necesaria para que el solicitante pueda exponer sus argumentos ante las autoridades competentes.

9. A MODO DE RECAPITULACIÓN

En su Proyecto la CDI regula una serie de garantías dedicadas a los derechos procesales de los extranjeros aplicables al procedimiento de expulsión. El art. 4 del Proyecto de la CDI establece la obligación de que la expulsión se adopte de conformidad con la ley. Por su parte, el art. 1 del Protocolo n. 7 del CEDH, también exige que la adopción de una decisión de expulsión sea de conformidad con la ley. Si bien, esta garantía únicamente es aplicable a los extranjeros residentes legales en un EP. La jurisprudencia del TEDH interpreta y aplica este precepto con esta limitación *rationae personae*, y supervisa la calidad de la normativa estatal, prestando especial atención a la previsibilidad de la sanción de expulsión en el ordenamiento interno.

En primer lugar, respecto a los motivos de expulsión, la jurisprudencia del TJUE confirma la propuesta de art. 5 del Proyecto de la CDI, al aplicar el principio de proporcionalidad en la ponderación entre los derechos del extranjero y los intereses del Estado con fin de decidir su expulsión. Esta jurisprudencia pone de manifiesto que la irregularidad de la situación del extranjero es el motivo más frecuente por el que se lleva a cabo su expulsión. La jurisprudencia del TJUE concede importancia a la rápida y eficaz expulsión de extranjeros. Como se reconoce, en particular, por lo que se refiere a la reanudación del procedimiento de expulsión en el momento procesal en el que se interrumpe con ocasión de la solicitud de protección internacional del extranjero; y por lo

que respecta a los límites a la competencia penal de los Estados a la hora de sancionar la estancia irregular.

En este sentido destaca el asunto *Zaizoune*, con el que se demuestran las limitaciones que presenta la cuestión prejudicial, ya que en este caso el TJUE no entra a analizar la práctica real del Estado, sino que su pronunciamiento se ciñe a los elementos de la cuestión prejudicial planteada por el órgano judicial remitente. El TJUE interpreta la cuestión prejudicial únicamente de conformidad con los términos en que le es expuesta, lo que hace difícil extrapolar esta jurisprudencia a otros casos y que se permita, de este modo, el establecimiento de criterios generales de interpretación.

En segundo lugar, la CDI prevé que la decisión de expulsión se ejecute de conformidad con la ley. La propuesta del órgano técnico-codificador va más allá de lo establecido en los principales instrumentos jurídicos internacionales y regionales de protección de los DDHH, entre ellos el Protocolo n. 7 al CEDH, ya que estos garantizan la conformidad legal de la decisión de expulsión únicamente a los extranjeros residentes legalmente. Cabe valorar la importancia de la propuesta de la CDI; que la decisión de expulsión se adecue a lo establecido en la normativa interna estatal es una garantía fundamental contra la arbitrariedad. Por su parte, el TEDH aplica esta garantía únicamente a los extranjeros residentes legales, de acuerdo con los límites *materia personae* que presenta el art. 1 del Protocolo n. 7 al CEDH. No obstante, dentro de estos límites el Tribunal aboga por que los derechos reconocidos en este precepto no sean ilusorios ni abstractos, sino efectivos, por lo que supervisa la calidad de la norma estatal, dando especial importancia al principio de seguridad jurídica mediante la previsibilidad de la sanción en la normativa estatal.

En tercer lugar, el Proyecto de la CDI reconoce el derecho de todo extranjero a que le sea notificada la decisión de expulsión. Si bien, no se establece que deba ser por escrito ni que le deban ser comunicados los motivos por los que se adopta tal decisión; lo que en la práctica podría vulnerar el derecho de defensa del extranjero objeto de expulsión. El TEDH no se ha ocupado específicamente de este derecho en su jurisprudencia. Por su parte, el TJUE mantiene que la decisión de expulsión debe serle comunicada al extranjero, así como los motivos por lo que se adopta tal decisión; y la notificación debe ser por escrito, con lo que se garantiza el derecho de defensa contra las decisiones que le sean desfavorables. La notificación por escrito de los motivos de la decisión de expulsión hace efectivos varios principios generales de ámbito procesal, como es el principio de

seguridad jurídica, el principio de defensa, así como la tutela judicial efectiva del extranjero.

En cuarto lugar, la CDI prevé el derecho del extranjero a presentar un recurso contra la decisión de expulsión. Además, asume la función del desarrollo progresivo del DI en el ámbito de los derechos procesales del extranjero objeto de expulsión, al establecer el carácter suspensivo del recurso en los casos en los que la expulsión entraña un riesgo irreversible. Esta propuesta de desarrollo progresivo ha sido objeto de críticas por parte de varios Estados, entre ellos España. En el ámbito de la UE, la regulación del recurso previsto contra la decisión de expulsión, es bastante deferente con la soberanía estatal, al conceder una amplia autonomía procesal a los EM, únicamente limitada por el principio de efectividad, con el fin de asegurar la tutela judicial efectiva del extranjero.

Por su parte, la escasa jurisprudencia desarrollada por el TEDH sobre los derechos procesales de los extranjeros objeto de expulsión, es compensada por el alcance y contenido de esta jurisprudencia en relación al derecho a un recurso efectivo. En concreto, el art. 13 del CEDH garantiza el derecho del extranjero a recurrir la decisión de expulsión; este recurso no se plantea en este contexto por los motivos por los que se adopta la decisión de expulsión, sino por los DDHH que con esta decisión se vulneran. El TEDH determina con bastante detalle las características o garantías que deben cumplir los recursos previstos contra las vulneraciones de DDHH cometidas durante el procedimiento de expulsión. En esta línea establece la necesidad de que el recurso sea accesible, previsible, así como que revista la suficiente calidad y rapidez. Asimismo, la efectividad del recurso exige el efecto suspensivo en los casos en los que la expulsión conlleva un potencial riesgo de vulneración de los arts. 2 y 3 del CEDH, como sucede en *A. y otros c. España*.

La jurisprudencia del TEDH en relación al efecto suspensivo del recurso, por un lado, evidencia el paralelismo existente entre el principio de no devolución y su protección mediante diversas vías: por medio del reconocimiento del carácter absoluto del art. 3 del CEDH (Capítulo III.2.); de la adopción de medidas cautelares (Capítulo III.6.); y de dotar de efecto suspensivo al recurso. Por otro lado, confirma la propuesta de desarrollo progresivo de la CDI e incluso va más allá de esta, dado que la CDI prevé el efecto suspensivo en los recursos presentados únicamente por los extranjeros residentes legalmente en el territorio de un Estado. La postura que mantiene la CDI merece una valoración crítica, ya que se deja fuera del ámbito de aplicación de esta garantía a la categoría más numerosa: los extranjeros en situación irregular.

En este sentido, cabe valorar que las vías de recurso únicamente pueden ser efectivas en los casos de riesgo de daño irreversible si los recursos interpuestos producen efectos suspensivos. Se ha comprobado que la adopción de medidas irreparables, como es la expulsión ante el riesgo de muerte o tratos contrarios al art. 3, entretanto se encuentran pendientes procedimientos ante los tribunales, puede provocar resultados irreparables. Ejemplo de ello es *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* (Capítulo IV.3.2), en el que los demandantes alegan que su expulsión implicaba un potencial riesgo de tratos contrarios al art. 3; riesgo que finalmente se materializó en algunos de los demandantes. En la sentencia se constata que varios de los veinticuatro extranjeros demandantes habían fallecido o se encontraban en paradero desconocido. En este caso, la expulsión automática de los demandantes les impidió, entre otras cosas, plantear un recurso efectivo ante la decisión de expulsión.

En el DUE no se asume totalmente y de forma expresa la jurisprudencia del TEDH en este sentido, ya que traslada la decisión sobre el efecto suspensivo del recurso a los tribunales internos de los EM. Por lo que la suspensión de la expulsión con motivo del recurso es una facultad en manos de los EM, y no les supone una obligación. La normativa europea deja a la discreción de la autoridad competente la suspensión de la expulsión con motivo de la presentación de un recurso. Si bien, conviene recordar de nuevo que los veintiocho EM de la UE, también son EP del CEDH y están vinculados por este convenio y por la jurisprudencia del TEDH que lo interpreta y aplica.

En quinto lugar, tanto la CDI, como la jurisprudencia de ambos tribunales europeos, convergen a la hora de limitar el derecho del extranjero a ser oído únicamente por escrito. Por lo que no se reconoce el derecho de audiencia con el fin de que el extranjero sea escuchado personalmente por las autoridades competentes. No obstante, el TJUE va un poco más allá al supeditar la autonomía procesal de los EP en este ámbito al principio de efectividad; esto es, en *Mukarubega* mantiene que se deberá conceder audiencia al extranjero cuando así lo exijan las circunstancias del caso.

El derecho del extranjero a ser escuchado es esencial ya que: permite evaluar los riesgos que el sujeto puede sufrir en el Estado de destino (Capítulo III); opera como una garantía que permite individualizar la decisión de expulsión, lo que resulta fundamental para asegurar que la expulsión, de afectar a más de un extranjero, no es colectiva (Capítulo IV); y también permite analizar hasta qué punto la vida privada y familiar del extranjero prevalece sobre la seguridad nacional del Estado que decide la expulsión (Capítulo V).

En sexto lugar, con el fin de que los derechos procesales de los extranjeros objeto de expulsión no supongan elevadas cargas en términos económicos a los Estados, la CDI no se atreve a establecer la obligación de que los Estados deban sufragar los gastos de representación legal en los procedimientos de expulsión. El TEDH asegura indirectamente en *Alimov c. Turquía* el derecho de representación a través del art. 13; esto es, la ausencia de representación no puede suponer un obstáculo al requisito de accesibilidad que exige el derecho a un recurso contemplado en el art. 13 del CEDH. Si bien, no deja claro en su jurisprudencia si los EP están obligados a costear tal representación. El TJUE también es un tanto ambiguo al establecer que la asistencia jurídica gratuita únicamente se proporcionará en “determinadas circunstancias”.

En séptimo lugar, en su Proyecto la CDI reconoce el derecho del extranjero a ser asistido por un intérprete gratuitamente, pero no contempla la traducción de documentos. Por su parte, tanto el TEDH como el TJUE coinciden a la hora de poner de manifiesto la importancia de que, especialmente, los solicitantes de refugio cuenten con los servicios de un intérprete. No es de extrañar que en el DUE se incida en la importancia de salvaguardar el derecho de los extranjeros a solicitar refugio disponiendo de recursos lingüísticos adecuados, dado que en la práctica el TJUE se viene encargando de armonizar la interpretación y aplicación de la Convención de Ginebra en la UE (Capítulo I). Por su parte, el TEDH insiste en la necesidad de que los Estados cuenten con una cantidad aceptable de intérpretes con el fin de dar la oportunidad a los extranjeros de solicitar refugio. Lo que evidencia que en ocasiones el TEDH actúa como una suerte de tribunal de asilo y refugio, al salvaguardar en su jurisprudencia que el procedimiento de solicitud de refugio se tramite con las debidas garantías procesales.

Por último y con carácter general, la jurisprudencia estudiada a lo largo de este Capítulo demuestra que no se dan tensiones o contradicciones en la labor de ambos tribunales a la hora de reconocer a los extranjeros objeto de expulsión las correspondientes garantías procesales. La jurisprudencia de estos dos tribunales confirma en su conjunto todas las garantías procesales propuestas por la CDI en su Proyecto; e incluso va más allá a la hora de concretar el alcance y contenido de algunas de las propuestas del órgano técnico-codificador. Por lo que de nuevo se puede concluir que la propuesta defendida por la CDI puede ser considerada como expresión escrita del DI en vigor en el ámbito regional europeo. Si bien este último ofrece, además, mayores garantías procesales para el respeto de los DDHH del extranjero objeto de expulsión, en comparación con la propuesta de la CDI.

CONCLUSIONES

PRIMERA. – No existe un tratado internacional, ya sea con vocación de universalidad, ya sea de ámbito regional, que regule convencionalmente la expulsión de extranjeros en el DI contemporáneo. A pesar de la importancia que presenta este tema, entre otros para una mayoría de los Estados europeos y muy en especial para los Estados de la cuenca norte del Mediterráneo, en el contexto de la presión migratoria que vienen soportando en los últimos años. A la vista de la falta de interés demostrada por un buen número de Estados a lo largo del proceso codificador y la desidia con la que hasta ahora la AGNU ha recibido su resultado final, no parece en absoluto probable que el Proyecto concluido por la CDI en segunda lectura sobre este tema en 2014, vaya a convertirse en un tratado internacional.

Ante esta situación, el presente trabajo de investigación se ha ocupado de analizar, con vocación de exhaustividad, la jurisprudencia del TEDH y del TJUE en el ámbito de la expulsión de extranjeros, tomando como referencia el Proyecto de la CDI. Durante las últimas décadas, las principales cuestiones que la CDI aborda en su Proyecto han sido objeto de la labor hermenéutica protagonizada sobre todo por el TEDH y también, aunque en menor medida, por el TJUE. La jurisprudencia de estos dos órganos judiciales sobre la problemática jurídica que presenta la expulsión de extranjeros, incluye varios centenares de sentencias, que en su conjunto forman un corpus iuris muy complejo, con temáticas muy diversas y al mismo tiempo transversales.

Esta jurisprudencia pivota principalmente sobre dos sectores normativos del DI contemporáneo. Por un lado, el DI de los Refugiados es interpretado y aplicado sobre todo por el TJUE de acuerdo con la Directiva de Reconocimiento; esta norma ejecuta en el ámbito del DUE la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, además de desarrollar normativamente el alcance y contenido de la protección de las personas que solicitan protección internacional en algún EM de la UE. Por otro, el DIDH y más en concreto el CEDH y sus Protocolos, han permitido que el TEDH desarrolle una jurisprudencia en buena medida garantista de los DH del extranjero objeto de expulsión. Asimismo, el TJUE, en el marco de la interpretación y aplicación del DUE, también ha aplicado el DIDH en el ámbito de la expulsión de extranjeros, teniendo muy en cuenta lo dispuesto por el CEDH y sus Protocolos y la jurisprudencia del TEDH a este respecto.

Como se demuestra a lo largo de esta tesis doctoral, en su conjunto la jurisprudencia de estos dos tribunales supone una contribución muy relevante a la hora de aportar

seguridad jurídica en favor de los extranjeros objeto de expulsión, en un ámbito en el que tradicionalmente el DI permitía a los Estados un amplísimo margen de discrecionalidad. Según se puede comprobar de la lectura de los siete capítulos en los que se divide este trabajo de investigación, la jurisprudencia de estos dos órganos judiciales ha concretado el contenido y alcance de la protección que el DI contemporáneo, en el ámbito regional europeo del COE, y en el subsistema particular que constituye la UE, garantiza a los extranjeros objeto de expulsión. Lo que con carácter general ha supuesto una significativa erosión de la potestad soberana casi ilimitada que podían ejercer los Estados en el DI clásico para la expulsión de un extranjero de su territorio.

SEGUNDA. - Por lo que respecta al DI de los refugiados, en el art. 6 del Proyecto de la CDI se propone una remisión a la Convención del Estatuto de los Refugiados y a su Protocolo de 1967, como límites normativos que los Estados deben respetar para poder expulsar un extranjero. El TJUE interpreta y aplica la Directiva de Reconocimiento con la que se ejecuta en la UE la Convención de Ginebra y su Protocolo adicional. Por tanto, aunque este sector de normas del DI no cuenta, en el ámbito universal, con un órgano judicial que interprete y aplique sus disposiciones, el TJUE asume ese papel en la UE. Lo que le convierte, de algún modo, en un órgano judicial de asilo, si bien en el marco del DI particular que constituye la UE.

En el ámbito de esta OI de integración, bajo la figura de la “protección internacional”, se enmarcan dos estatutos: el refugio y la protección subsidiaria. La concesión de cualquiera de estos dos estatutos supone un límite a la expulsión de extranjeros, ya que el principio de *non refoulement* es igualmente aplicable a ambos estatutos. El TJUE muestra cierta deferencia con la soberanía estatal, ya que reconoce la autonomía procesal que corresponde a los Estados para que valoren las condiciones por las que deben conceder protección internacional. Pero el TJUE limita esta autonomía procesal al cumplimiento de la Convención de Ginebra y también al efectivo respeto de los DDHH del extranjero.

A este respecto, el TJUE se basa en el criterio de la persecución individualizada como clave de bóveda para determinar la necesidad de protección en virtud del estatuto de refugiado. Este órgano judicial aboga por el principio de protección efectiva de los derechos del extranjero, a la hora de apreciar que exista una persecución individual. Ejemplo de ello, en primer lugar, es la jurisprudencia del tribunal de Luxemburgo que reconoce que se debe conceder protección internacional mediante el estatuto de refugiado a un extranjero que es perseguido en su Estado de origen por motivos religiosos. El TJUE

no exige a los sujetos el abandono de su práctica religiosa con el fin de evitar la persecución. Por su parte, el TEDH también protege al extranjero de la expulsión si la manifestación de su libertad religiosa en su Estado de origen conlleva un riesgo de vulneración de los arts. 2 y 3 del CEDH.

En segundo lugar, la protección efectiva que el TJUE garantiza a los solicitantes del estatuto de refugiado se demuestra en la determinación de las causas de cese del estatuto. El tribunal de Luxemburgo exige que para retirar el estatuto de refugiado a un extranjero, este debe recibir protección efectiva por parte del Estado de su nacionalidad. Para ello, tal Estado debe disponer de un sistema institucional de cierta eficacia y estabilidad. Y en tercer lugar, para determinar la concurrencia de una causa de exclusión del estatuto de refugiado, el TJUE mantiene que la protección que el extranjero recibe por un organismo de NU, distinto de ACNUR, debe ser efectiva y no meramente posible.

En esta dirección, la complementariedad de la jurisprudencia que emana del TEDH y del TJUE a la hora de conceder protección frente a la expulsión, queda patente en los supuestos en los que el riesgo de persecución proviene de la negativa del extranjero a cumplir el servicio militar en su Estado de origen. El TEDH garantiza protección al sujeto en estas circunstancias mediante la aplicación del derecho de objeción de conciencia, de conformidad con el art. 9 del CEDH, lo que impide la expulsión del extranjero. Por su parte, el TJUE reconoce la concesión del estatuto de refugiado al extranjero que no puede acceder al procedimiento por el que se le reconoce el estatuto de objetor de conciencia en su Estado de origen.

Además, en la UE se amplía la protección que ofrece la Convención de Ginebra de 1951, para que también sea aplicable a aquellas personas que, no siendo reconocidas como refugiados, corren un riesgo de daño grave en caso de expulsión a su Estado origen. Esta forma de protección internacional se instrumentaliza jurídicamente a través del estatuto de protección subsidiaria. Esta protección se inspira en la desarrollada por el TEDH de conformidad con el art. 3 del CEDH. Si bien, el alcance de la protección subsidiaria no abarca todos los aspectos que sí comprende el art. 3 del CEDH. No obstante, la jurisprudencia del TJUE demuestra que progresivamente el alcance material del estatuto de protección subsidiaria se ha ido acercando a la interpretación y aplicación en buena medida garantista con los derechos del extranjero que del art. 3 del CEDH lleva a cabo el TEDH. Por ejemplo, en determinadas circunstancias, como las que acontecen en el asunto *MP*, el TJUE reconoce el estatuto de protección subsidiaria a aquellos extranjeros con afecciones psicológicas causadas por los tratos inhumanos recibidos en

el Estado de su nacionalidad, siguiendo así la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 3 del CEDH. Con lo que se constata un fluido diálogo judicial entre estos dos órganos jurisdiccionales, cuya jurisprudencia en bastantes ocasiones se complementa y se influye recíprocamente para garantizar una efectiva protección de los derechos del extranjero solicitante de protección internacional que es objeto de expulsión.

TERCERA. – Por lo que se refiere al DIDH, en su Proyecto la CDI protege el derecho a la vida del extranjero objeto de expulsión a través de dos disposiciones. Por un lado, en el art. 16 se establece con carácter general que el Estado expulsor protegerá el derecho a la vida del extranjero objeto de expulsión. Por otro, en el art. 23 se prohíbe expulsar a un extranjero a un Estado en el que su vida estará amenazada: en primer lugar, por cualquier motivo que no sea conforme con el DI; y en segundo lugar, se prohíbe a los Estados que han abolido la pena de muerte que expulsen a un Extranjero a un Estado en el que se le pueda aplicar la pena capital. La propia CDI considera que esta última prohibición se sitúa dentro de la esfera del desarrollo progresivo del DI.

Pero se puede afirmar que forma parte del DI en vigor en el ámbito regional europeo que constituye el COE, gracias a la progresiva abolición de la pena de muerte iniciada por el CEDH y posteriormente continuada y consolidada gracias a sus Protocolos adicionales. En efecto, el derecho a la vida es considerado por el CEDH como un derecho absoluto. El TEDH mantiene la vigencia en el DI regional europeo de un consenso según el cual ningún Estado puede aplicar la pena de muerte; lo que incluye a Estados como la Federación Rusia, que no han ratificado el Protocolo n. 13 al CEDH pero, en la práctica, lo cumplen.

En este sentido, en su jurisprudencia el TEDH prohíbe la expulsión de un extranjero a un Estado en el que el extranjero corra el riesgo de ser sometido a la pena de muerte. Esta jurisprudencia no es demasiado abundante, ya que muchos Estados de todas las latitudes del mundo han abolido la pena de muerte. En las pocas demandas planteadas ante el TEDH por este motivo, el Tribunal suele concluir la vulneración del art. 3 del CEDH por los sentimientos de angustia que puede experimentar el extranjero ante el riesgo de ser expulsado bajo la amenaza de ser condenado a muerte en el Estado de destino. Por tanto, aunque el TEDH interpreta de forma integrada los arts. 2 y 3 del CEDH, en su práctica judicial concede una mayor relevancia a los derechos que preserva el art. 3 del CEDH, como se demuestra en *Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido*. Si bien, el TEDH mantiene que se ha vulnerado el art. 2 si los EP no aplican el principio de debida

diligencia a la hora de investigar los riesgos para la vida del extranjero existentes en el Estado de destino. El TEDH también aplica este estándar de debida diligencia para que los EP investiguen de forma eficaz las operaciones de interceptación y rescate de personas en peligro en el mar, en las que pueden perecer extranjeros.

A este último respecto, hasta ahora no se ha planteado ante el TEDH la posible responsabilidad de un EP, de conformidad con el art. 2 del CEDH, por ordenar a una embarcación de actores no estatales el traslado de extranjeros rescatados en el mar a un Estado en el que sus vidas pueden estar en peligro. En este supuesto, el TEDH podría llegar a la conclusión de que el EP vulnera el art. 2 de CEDH. También se podría dar la situación en la que el traslado es decidido y ejecutado en el marco de una operación coordinada por la UE. Pero en este caso no se puede demandar a la UE en Estrasburgo, ya que esta OI no es, todavía, parte del CEDH. Lo que pone de manifiesto la conveniencia de que la UE se adhiera al CEDH, siempre desde el punto de vista de garantizar la efectiva protección de los derechos de los extranjeros objeto de expulsión en el contexto de dichas operaciones.

CUARTA. - En su Proyecto la CDI dedica dos disposiciones a la prohibición de la tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes como límite a la expulsión de extranjeros. El art. 17, desde el punto de vista de la dimensión preponderantemente interna, establece tal prohibición por parte del Estado expulsor con relación a un extranjero objeto de expulsión. Y el art. 24, desde la óptica de la dimensión externa, preceptúa que no es posible expulsar a un extranjero a un Estado en el que esté en peligro de ser sometido a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

La prohibición de torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes regulada en el art. 3 del CEDH como derecho inderogable, según es interpretada por el TEDH teniendo en cuenta siempre el principio de efectividad, ha permitido el desarrollo de una jurisprudencia con la que se concreta la protección que los EP deben garantizar de conformidad con este precepto a los extranjeros objeto de expulsión. En primer lugar, el TEDH no solo protege a los extranjeros de la expulsión ante el riesgo de tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes en el Estado de destino por parte de las autoridades estatales. También protege al extranjero objeto de expulsión cuando el riesgo de tratos contrarios al art. 3 del CEDH proviene de agentes no estatales. En el Proyecto de la CDI no se incluye este ámbito de protección del extranjero objeto de expulsión. Por tanto, todo

indica que se trata de una solución normativa propia del DI vigente en el ámbito regional europeo.

En segundo lugar, la importancia que el tribunal de Estrasburgo da a la salvaguarda de los intereses protegidos por el art. 3, se demuestra en la aplicación de medidas cautelares, especialmente diseñadas para casos en los que está en curso un procedimiento de expulsión de un extranjero que puede sufrir en el Estado de origen la vulneración de dicho precepto. El TEDH ha confirmado el carácter obligatorio de las medidas cautelares, como consecuencia del carácter absoluto de la prohibición recogida en el art. 3.

En tercer lugar, el TEDH protagoniza una jurisprudencia evolutiva y en buena medida garante con los derechos del extranjero objeto de expulsión, mediante la prohibición, en determinadas circunstancias, de la expulsión del extranjero por cuestiones de salud, siempre en cumplimiento del art. 3 del CEDH. Esta jurisprudencia, además de erosionar la soberanía estatal en materia de expulsión, puede conllevar implicaciones económicas de cierta relevancia para los EP. Hasta 2016, el TEDH se muestra más deferente con los intereses del Estado, al exigir un alto umbral de gravedad a la enfermedad del extranjero para prohibir su expulsión. A partir de 2016, con *Paposhvili c. Bélgica*, el TEDH aminora las exigencias para determinar la prohibición de expulsión y tiene en cuenta aspectos que no valoraba con anterioridad, como el acceso que el extranjero tendrá a su tratamiento médico en el Estado de destino. Además, como ya se ha señalado en la Segunda Conclusión, el TJUE también reconoce, en determinados casos, la concesión del estatuto de protección subsidiaria a extranjeros cuya expulsión puede tener implicaciones perjudiciales para su salud.

Esta línea de fluido diálogo judicial entre el TEDH y el TJUE, también se pone de manifiesto a la hora de valorar la efectiva protección que el extranjero puede recibir de su Estado de nacionalidad como criterio a tener en cuenta para prohibir su expulsión, de nuevo en el marco de la interpretación y aplicación del art. 3. En concreto, cuando el TEDH se cerciora de que cabe la posibilidad de un “internal flight”, no considera que la expulsión contravenga el art 3 del CEDH. Por tanto, si aprecia que en alguna región del Estado de destino el extranjero puede recibir una protección efectiva, permite su expulsión. Por su parte, en tales circunstancias el TJUE también exige a un EM de conceder el estatuto de refugiado a un extranjero.

En cuarto lugar, el TEDH refuta la presunción que pretenden mantener *iure et de iure* los EM de la UE, según la cual la simple membresía en esta OI de integración implica un certificado de Estado seguro. La protección efectiva exigida por el TEDH a la hora de

garantizar los DDHH de los extranjeros y en particular el cumplimiento del art. 3 del CEDH, exige a los EP evaluar las circunstancias imperantes en el Estado de destino antes de proceder a la expulsión. Por lo que no cabe aplicar conceptos estereotipados aplicables para valorar la seguridad de un Estado. El traslado del extranjero únicamente es posible si las circunstancias reinantes en el Estado de destino son acordes con el CEDH. Esta interpretación del art. 3 del CEDH ha llevado, en el ámbito del DUE, a reformular el carácter discrecional de la denominada cláusula de soberanía, configurándola como obligatoria en determinados casos.

Por tanto, el establecimiento en la UE de una lista cerrada de Estados seguros a los que se permita la expulsión de extranjeros, no es compatible con la jurisprudencia del tribunal de Estrasburgo. Una lista de Estados seguros como la propuesta por la Comisión Europea, no conlleva necesariamente la evaluación en el caso en concreto de las circunstancias existentes en el Estado de destino, como así es exigida por el tribunal de Estrasburgo. Por ello, de *lege ferenda* es mejor opción una “lista de criterios” que permitan acreditar si un Estado es seguro a la hora de expulsar a un extranjero en cada caso en concreto. Esta lista de criterios puede tomar como referencia los criterios desarrollados por el TEDH en el marco de las garantías diplomáticas, establecidos en *Othman c. Reino Unido*. Estos criterios, si bien no aseguran al cien por cien que el extranjero vaya a ser tratado de conformidad con el CEDH en el Estado de origen, al menos sí contribuyen a reducir en gran medida el riesgo de que ocurra lo contrario.

Y en quinto lugar, se debe destacar que el principio de no devolución que el TEDH interpreta y aplica de conformidad con el art. 3 del CEDH presenta un contenido y alcance más amplio y, por tanto, más garantista, que el que ofrece el principio de *non refoulement* regulado en el DI de los Refugiados. La Convención de Ginebra prevé la aplicación del principio de *non refoulement* únicamente a los refugiados. Mientras que el principio de no devolución que construye el TEDH a partir de la interpretación y aplicación del art. 3 del CEDH, es aplicable a toda persona que se encuentre bajo la jurisdicción de un EP. Además, el principio de *non refoulement* previsto en la Convención de 1951 no se aplica al extranjero que supone un riesgo para el orden y la seguridad pública del Estado de acogida. Mientras que el principio de no devolución desarrollado por el TEDH a partir del art. 3 del CEDH tiene carácter absoluto, y se mantiene su vigencia aun cuando la presencia del extranjero en el EP conlleva un riesgo para la seguridad nacional. Asimismo, la Convención de Ginebra no regula la prohibición de *non refoulement*

indirecto; prohibición que según el TEDH sí se deriva del principio de no devolución en cumplimiento del art. 3 del CEDH.

En definitiva, el corpus jurisprudencial desarrollado por el TEDH en relación al art. 3 del CEDH y seguido por el TJUE, confirma la protección que se propone con los arts. 17 y 24 del Proyecto de la CDI, y además amplía su contenido y alcance. Desde luego, esta jurisprudencia relativa al principio de no devolución erosiona notablemente la tradicional soberanía de la que disfrutaban los Estados en el ámbito de la expulsión de extranjeros.

QUINTA. – La sencillez con la que el Protocolo n. 4 al CEDH prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros, no resuelve ni mucho menos todas las dudas que presenta el contenido y alcance de esta prohibición. Pero en su jurisprudencia el TEDH concreta los criterios por las que cabe entender que una expulsión de extranjeros es colectiva. Muy en resumen, según el tribunal de Estrasburgo es colectiva una expulsión en la que, por un lado, no se lleva a cabo una evaluación individual de las circunstancias particulares del extranjero objeto de expulsión y, por otro, la decisión de expulsión no se adopta a la luz de tales circunstancias personales. Por lo que la exigencia de un examen individual va más allá de la mera identificación de la persona o su país de origen. La decisión sobre si se debe expulsar o no al extranjero debe fundamentarse en las circunstancias concretadas que afectan a la persona identificada, y se debe valorar el riesgo que para esa persona supone su expulsión a su Estado de origen.

En sus comentarios al art. 9 del Proyecto, en el que se prohíben las expulsiones colectivas de extranjeros, la CDI reconoce que basa su propuesta en la jurisprudencia del TEDH, lo que explica que en dicho precepto el órgano codificador recoja en alguna medida y de forma muy escueta la definición de expulsión colectiva que viene aplicando el tribunal de Estrasburgo en su jurisprudencia.

Además, mediante el recurso al principio del efecto útil, el TEDH interpreta que el CEDH obliga a una aplicación extraterritorial del art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH. Esta aplicación extraterritorial tiene como consecuencia que el TEDH haga uso en su jurisprudencia de un “concepto autónomo de expulsión”. Este concepto abarca cualquier traslado llevado a cabo por parte de un agente del EP a un tercer Estado. Con independencia de si ese traslado se realiza desde el territorio del EP, desde el territorio de un tercer Estado o desde un espacio de interés internacional, como puede ser alta mar, tal y como sucede en *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*. Este “concepto autónomo de expulsión”,

de carácter omnicompreensivo, es mucho más amplio que el concepto de expulsión que se propone en el art. 2, letra a) del Proyecto de la CDI, y desde luego es más garantista con los DDHH del extranjero, ya que cubre cualquier situación en la que un extranjero es expulsado por las autoridades estatales, se encuentre donde se encuentre.

El concepto de expulsión que emplea el TEDH en su jurisprudencia evita la creación de zonas de “no derecho” o “limbos jurídicos”, que pudieran facilitar que los Estados eludieran sus responsabilidades de conformidad con el CEDH. Se trata de una jurisprudencia que puede condicionar en cierta medida el diseño de las políticas migratorias de los Estados. Como puede suceder en el caso de la política española que aplica las “devoluciones en caliente”, si la Gran Sala confirma la vulneración del CEDH en *N.D.* y *N.T.* Lo que desde luego puede tener relevancia en un contexto en el que los Estados europeos tienden a externalizar el control de sus fronteras para contener los flujos migratorios provenientes de terceros países. Pero como mantiene con firmeza el tribunal de Estrasburgo, las políticas migratorias y de control de fronteras de los EP deben ser conformes con el CEDH y los derechos que en este convenio se reconocen, con el alcance y contenido que corresponda según son interpretados y aplicados por el propio TEDH.

SEXTA. – En el art. 18 del Proyecto de la CDI se establece la obligación de respetar el derecho a la vida familiar de los extranjeros objeto de expulsión; si bien el órgano codificador reconoce que no se trata de un derecho absoluto. Para valorar si la interferencia del Estado en este derecho es lícita en el ámbito de la expulsión de extranjeros, es necesario establecer un “justo equilibrio” entre los derechos del extranjero y el interés del Estado. Para valorar la noción de “justo equilibrio”, la CDI se inspira en la jurisprudencia del TEDH que interpreta y aplica el art. 8 del CEDH. Pero esta jurisprudencia no solo protege el derecho a la vida familiar del extranjero; también su vida privada. Si bien, la mayor parte de esta jurisprudencia se centra en la protección de la vida familiar del extranjero objeto de expulsión.

Según el TEDH, el derecho a la vida privada y familiar del extranjero objeto de expulsión admite injerencia por parte de las autoridades estatales, pero siempre que se respete el CEDH. El tribunal de Estrasburgo ha desarrollado criterios bastante concretos a partir de *Boultif c. Suiza*, confirmados posteriormente en *Üner c. Países Bajos*, dirigidos a establecer en cada caso si se cumple el principio de proporcionalidad de la expulsión en relación con el respeto de la vida privada y familiar del extranjero.

En primer lugar, el TEDH se muestra más deferente con los intereses estatales, si la expulsión se adopta a causa de la intensidad que caracteriza a la conducta delictiva del extranjero. Con el objetivo de que el Estado pueda mantener el orden público y la seguridad nacional. En este ámbito el tribunal de Estrasburgo concede un margen de apreciación bastante amplio a los Estados, con el fin de que puedan estimar el riesgo que conlleva para su seguridad nacional la permanencia del extranjero en su territorio.

En segundo lugar, a la hora de valorar si se respeta la vida familiar de extranjero, el TEDH no solo se basa en cuestiones relacionadas con el denominado “núcleo familiar”, como es la duración del matrimonio o el interés superior de los menores que se ven afectados por la expulsión. En una aplicación garantista del art. 8 del CEDH, se centra también en valorar aspectos que se alejan de la noción estricta de “vida familiar”. Como lo demuestra la jurisprudencia que entra a valorar aspectos tales como el tiempo que el EP emplea en tramitar una solicitud de asilo o el impacto psicosocial que la expulsión puede acarrear para el extranjero. También merece ser destacada, entre otros aspectos relevantes de su jurisprudencia, la protección que el TEDH brinda a los menores, con especial atención al interés superior del menor, en situaciones en las que las autoridades estatales decidan la expulsión de los progenitores del menor y/o del propio menor. Asimismo, el interés superior de menor también es tenido en cuenta por el TEDH cuando el extranjero objeto de expulsión es menor de edad. En estos casos, el Tribunal concede poco margen de apreciación a los Estados para justificar la expulsión de un extranjero menor de edad por la comisión de delitos penales que no son de una considerable gravedad, como sucede en *Jakupovic c. Austria*.

De este modo, el TEDH defiende una interpretación en buena medida garantista y efectiva de los derechos del extranjero objeto de expulsión, con la que tiene en cuenta todas las implicaciones que esta puede acarrear para su vida familiar. A buen seguro, en el momento de firmar el CEDH, los Estados no presagiaron la interpretación que el TEDH iba a llevar cabo del derecho a la vida familiar y privada del extranjero como límite a su soberanía en materia de expulsión de extranjeros.

Por su parte, la jurisprudencia del TJUE sobre el derecho a la vida familiar del extranjero se aplica, por un lado, en el marco de la reagrupación familiar, donde el reagrupante es un extranjero residente legal en el EM. Por otro lado, de conformidad con determinados derechos de ciudadanía de la UE de los que pueden disfrutar los familiares extranjeros de un ciudadano europeo. Por tanto, por principio el DUE no protege el

derecho a la vida familiar de aquellos núcleos familiares compuestos íntegramente por extranjeros irregulares.

En su jurisprudencia el TJUE asume los criterios desarrollados por el TEDH que permiten determinar si se cumple el principio de proporcionalidad entre el derecho a la vida familiar del extranjero objeto de expulsión y los intereses estatales. Además, el TJUE sigue la interpretación evolutiva y efectiva que el TEDH hace del derecho a la vida familiar, al incluir en la noción de “cónyuge” a las uniones formadas por personas del mismo sexo. Asimismo, el fructífero diálogo judicial entre ambos tribunales es patente a la hora de limitar el derecho a la vida familiar por cuestiones relacionadas con el orden y la seguridad. En una aplicación garantista de los DDHH, ambos Tribunales exigen que la amenaza que el extranjero comporta para el Estado sea grave y real, para que las autoridades puedan decidir expulsarlo en perjuicio de su derecho a la vida familiar. El desarrollo de este fluido diálogo judicial permite que ambos tribunales regionales europeos confluyan en la dirección de establecer límites a la soberanía de los Estados europeos en el ámbito de la expulsión de extranjeros.

SÉPTIMA. – El contenido y alcance de la propuesta de art. 19 del Proyecto de CDI con la que se establecen las condiciones de detención de extranjeros a los efectos de su expulsión, con carácter general ha sido confirmado por la jurisprudencia del TEDH y del TJUE, como expresión del DI en vigor en el ámbito regional europeo del COE y en el DI particular que constituye la UE. Ambos tribunales europeos han desarrollado una amplia jurisprudencia sobre los límites a la potestad de los Estados europeos para detener a extranjeros con el objetivo de asegurar su efectiva expulsión.

Si bien, en la jurisprudencia de ambos tribunales se aplican criterios no del todo homogéneos a la hora de requerir un examen de proporcionalidad de la medida privativa de libertad. El TEDH no exige un examen de idoneidad o proporcionalidad de la detención para asegurar la expulsión. El único límite que en este sentido impone es que la medida se aplique a los fines de la expulsión. Más garante se muestra el TJUE a la hora de requerir que el internamiento sea adoptado en última instancia; sólo se puede aplicar esta medida una vez que el estudio de las alternativas a la detención permita concluir que no existe una medida menos intrusiva en el derecho a la libertad del extranjero, que asegure del mismo modo que el internamiento la efectiva expulsión.

Pero al mismo tiempo, la jurisprudencia del TEDH y del TJUE en materia de detención se complementa en diversos ámbitos. Ambos tribunales europeos han

concretado una serie garantías procesales aplicables a la detención. En este sentido, se puede destacar que según el TEDH el extranjero debe poder acceder a un recurso contra la decisión de expulsión que sea eficaz, accesible, rápido y, en ocasiones, acompañado de asistencia jurídica gratuita. Por su parte, en el DUE no se contempla un derecho a recurrir la orden de internamiento. Si bien, el DUE obliga a una revisión de la medida de internamiento cuando esta es adoptada por un órgano administrativo, aspecto este último sobre el que el TEDH no se ha pronunciado en su jurisprudencia.

El DUE no regula la problemática que surge cuando un extranjero alcanza el tiempo máximo de internamiento sin que la expulsión haya podido ejecutarse. Lo que puede dar lugar a que el extranjero se encuentre en una suerte de “limbo jurídico”. El DUE permite cierta discrecionalidad a los Estados para que regulen este tipo de situaciones. A día de hoy no se ha presentado ante el TEDH un caso relativo a esta problemática; en tal supuesto, cabría plantear que la situación de marginalidad jurídica a la que queda expuesto el extranjero cuando no es expulsado ni regularizado, puede conllevar la vulneración del art. 3 del CEDH. Esta valoración jurídica sería coherente con la jurisprudencia relacionada con el art. 3, por regla general dirigida a garantizar que los derechos reconocidos en el CEDH sean efectivos.

En esta dirección, son varios los aspectos en materia de detención de extranjeros objeto de expulsión en los que el TEDH y el TJUE demuestran un fluido diálogo judicial. Por un lado, ambos Tribunales se oponen a que la detención sea justificada por motivos de orden público y seguridad nacional. Por otro lado, tanto el tribunal de Estrasburgo como el de Luxemburgo coinciden en que la detención de un extranjero no puede tener carácter punitivo. Por lo que las condiciones de la detención de los extranjeros a efectos de su expulsión deben ser respetuosas de sus DDHH; más en particular, no se les puede aplicar las mismas condiciones de la detención, que se les imponen a los presos comunes por delitos penales. En este sentido, la jurisprudencia del TJUE es más garante con los derechos del extranjero, en comparación con la propuesta de art. 18 del Proyecto de la CDI. El órgano técnico codificar permite, aunque sólo en circunstancias excepcionales, la detención de extranjeros con presos comunes. El TJUE la prohíbe bajo cualquier circunstancia, aun cuando existe un expreso consentimiento del extranjero, como así sucede en el asunto *Pham*.

Por lo que se refiere al TEDH, en primer lugar en su jurisprudencia no reconoce la existencia de límites temporales concretos a la detención de extranjeros, como no podía ser de otro modo ya que en el CEDH no se regulan expresamente tales límites. Si bien,

los límites que impone el TEDH a la detención no se concretan en términos de temporalidad, sino en cada caso de conformidad con la debida diligencia y el respeto a los DDHH. Además, el TEDH establece un estándar superior de protección cuando la detención se lleva a cabo en un lugar no habilitado para ello. Por ejemplo, cuando la detención se efectúa en las zonas de tránsito de los aeropuertos, el tiempo de detención debe ser menor de lo habitual, como queda claro en *Z.A. y otros c. Rusia*. A este respecto, el TEDH analiza las condiciones de detención de los extranjeros y da especial relevancia al espacio personal del extranjero. Siempre en el contexto de la debida diligencia que deben cumplir las autoridades a la hora de llevar a cabo las actuaciones tendentes a la ejecución de la expulsión. Con lo que se limita el tiempo por el que el extranjero puede ser privado de libertad, de conformidad con el fundamento de la detención: que se pueda llevar a cabo su efectiva expulsión.

Asimismo, el TEDH reconoce la necesidad de que se apliquen regímenes especiales de detención para los menores extranjeros y los solicitantes de asilo; cuestiones estas que no se prevén en el Proyecto de la CDI. En estos dos ámbitos *rationae personae*, el TEDH exige a los EP que lleven a cabo el examen de alternativas a la detención; lo que, como se ha señalado, no requiere para el régimen general de detención de extranjeros. Se trata de una jurisprudencia que a buen seguro condiciona la discrecionalidad de los Estados a la hora de detener a estos dos colectivos de extranjeros a efectos de expulsión.

OCTAVA. – En su Proyecto la CDI regula una serie de garantías dedicadas a los derechos procesales de los extranjeros aplicables al procedimiento de expulsión. El art. 4 del Proyecto de la CDI establece la obligación de que la expulsión se adopte de conformidad con la ley. Por su parte, el art. 1 del Protocolo n. 7 del CEDH, también exige que la adopción de una decisión de expulsión sea de conformidad con la ley. Si bien, esta garantía únicamente es aplicable a los extranjeros residentes legales en un EP. La jurisprudencia del TEDH interpreta y aplica este precepto con esta limitación *rationae personae*, y supervisa la calidad de la normativa estatal, prestando especial atención a la previsibilidad de la sanción de expulsión en el ordenamiento interno.

El art. 5 del Proyecto de la CDI está dedicado a los motivos de expulsión; según este precepto, toda resolución debe ser motivada; debe basarse en un motivo previsto en la ley; todo motivo de expulsión debe ser evaluado de buena fe y de manera razonable y a la luz de todas las circunstancias; y un Estado no puede expulsar a un extranjero por un motivo contrario a sus obligaciones internacionales. En el DUE, la irregularidad

administrativa de la estancia se constituye como el motivo más frecuentemente invocado por los EM para decidir la expulsión de extranjeros. El TJUE se ha encargado de limitar la competencia de los Estados a la hora de sancionar la estancia irregular de los extranjeros, con el fin de que ello no obstaculice la rápida y eficaz expulsión de extranjeros irregulares. Por ejemplo, el TJUE determina que no puede imponerse una pena de arresto domiciliario cuando ello pueda retrasar la expulsión del extranjero. Así como tampoco puede establecerse un sistema que sancione la estancia irregular con una multa o con la expulsión en función del caso, como determina en *Zaizoune*.

En el art. 26 del Proyecto de la CDI se recoge una lista de derechos procesales de los que debe gozar todo extranjero objeto de expulsión. A este respecto, en primer lugar tanto la CDI como ambos tribunales regionales europeos convergen a la hora de establecer el alcance del derecho a ser oído y el derecho a un abogado en favor de los extranjeros objeto de expulsión. Por un lado, el derecho del extranjero a ser oído en audiencia pública queda sometido a la discrecionalidad del Estado. Por otro, reconocen el derecho del extranjero a un abogado, pero no concretan el responsable de asumir el coste de la representación letrada. En segundo lugar, en su Proyecto la CDI reconoce el derecho del extranjero a que se le notifique la resolución de expulsión. Por su parte, el TJUE no se limita a garantizar la notificación de la decisión de expulsión al extranjero, también exige que le sean detallados los motivos por los que se adopta la decisión. Además, en aras de asegurar la tutela judicial efectiva del extranjero, el TJUE requiere que la notificación se realice por escrito. En tercer lugar, tanto el TEDH como el TJUE defienden la importancia que la asistencia lingüística comporta para los solicitantes de asilo. Lo que preserva el efectivo y pleno acceso del demandante al procedimiento de asilo, asegurando con ello el principio de seguridad jurídica.

El art. 27 del Proyecto de la CDI establece, en el marco del desarrollo progresivo del DI, el efecto suspensivo del recurso contra la resolución de expulsión. Si bien, se limita el carácter suspensivo al cumplimiento de un doble requisito acumulativo: que sea interpuesto por un extranjero establecido legalmente en un Estado; y que exista un riesgo real de perjuicio grave e irreversible en caso de expulsión. El análisis de la jurisprudencia del TEDH y el TJUE pone de manifiesto ciertas diferencias de criterio entre ambos tribunales a la hora de determinar cuándo es preceptivo el efecto suspensivo del recurso. Según el TJUE, el efecto suspensivo del recurso queda condicionado en buena medida a la discrecionalidad de los tribunales internos. Lo que conlleva una importante deferencia con la autonomía procesal de los EM de la UE. Mientras que el TEDH no solo confirma

la propuesta de la CDI, sino que va más allá a la hora de aplicar esta garantía a todos los extranjeros objeto de expulsión, incluso los que se encuentran en situación irregular. Otra vez como consecuencia del carácter absoluto del art. 3 del CEDH, así como del recurso al principio de efectividad en la interpretación y aplicación de este precepto; como ya se ha puesto de manifiesto en la Cuarta Conclusión.

NOVENA. – Como se ha demostrado a lo largo de este trabajo de investigación, la jurisprudencia del TEDH y del TJUE en materia de expulsión de extranjeros confirma, en su conjunto, la protección que para este colectivo propone la CDI su Proyecto de artículos aprobado en segunda lectura.

Además, en comparación con algunas de las soluciones normativas que propone la CDI en su Proyecto de 2014, la jurisprudencia del TEDH y del TJUE es más garantista con los derechos de los extranjeros objeto de expulsión en varios ámbitos. Entre otras cuestiones, el DUE ha concretado y ampliado el alcance de los derechos del extranjero al no limitarse a la protección establecida en la Convención de Ginebra para el estatuto de los refugiados. También ofrece protección a los extranjeros mediante el estatuto de protección subsidiaria. Además, el TJUE ha confirmado con contundencia el carácter no punitivo de la detención bajo ninguna circunstancia.

Por su parte, el TEDH garantiza la protección contra los tratos provenientes de actores no estatales en el Estado de destino que pueden ser contrarios al art. 3 del CEDH; incluye el respeto del derecho a la vida privada y no solo la familiar del extranjero como límite para su expulsión; reconoce regímenes especiales de detención para menores y solicitantes de asilo; y defiende el efecto suspensivo del recurso en favor de todos aquellos extranjeros que pueden ser objeto de un trato grave e irreversible en caso de expulsión.

Como se ha comprobado a lo largo de este trabajo de investigación, buena parte de las garantías que se contemplan en el Proyecto de la CDI en favor de los extranjeros objeto de expulsión, están basadas el DI regional europeo del COE y en el DI particular que constituye la UE. Pero la inclusión de estas garantías en un convenio internacional con vocación universal abierto a la firma y ratificación de todos los Estados del mundo no parece que vaya a prosperar; a la vista del desinterés de los Estados y la desidia demostrada hasta ahora por la AGNU. Por tanto, la propuesta de la CDI dirigida, en buena medida, a convertir las soluciones normativas del DI en vigor en el ámbito regional europeo, en normas aceptadas por los Estados de todo el mundo, no parece que vaya a llegar a buen puerto. Sin perjuicio de que algunas de las disposiciones del Proyecto de la

CDI puedan ser consideradas como expresión del DI general en vigor (por ejemplo y entre otras, los arts. 16 y 17 del proyecto).

Por lo que la expulsión de extranjeros no es un ámbito que el que sea previsible que la interacción entre DI regional europeo del COE y el DI particular que constituye la UE, por una parte, y el DI general, por otra, vaya a fructificar con mucha intensidad. Si bien, teniendo en cuenta el desarrollo de la estructura institucional en el ámbito regional americano y, sobre todo, a la luz de algunos pronunciamientos de la CorteIDH, de cara al futuro al menos cabe augurar que es previsible cierta interacción entre el DI regional europeo y el DI regional americano, en materia de expulsión de extranjeros.

DÉCIMA. – La incidencia de la estructura institucional en el DI contemporáneo ha favorecido el desarrollo del contenido y el alcance de las normas de este ordenamiento, gracias a la creación de órganos judiciales internacionales, de carácter permanente y con competencia obligatoria. En el seno del subsistema regional de DI del COE y del sistema de DI particular que constituye la UE, el TEDH y el TJUE, respectivamente, han concretado un importante conjunto de garantías en favor los extranjeros objeto de expulsión, aportando una buena dosis seguridad en la interpretación y aplicación de las normas internacionales relativas a la expulsión de extranjeros. Esta jurisprudencia ha erosionado en buena medida el voluntarismo y relativismo que caracteriza profundamente al ordenamiento internacional, al menos en su versión más extrema propia del DI clásico.

En efecto, el TEDH, a partir de la interpretación y aplicación del CEDH y sus Protocolos en nada menos que cientos de sentencias, ha elaborado un corpus jurisprudencial de enorme relevancia sobre los DDHH de los extranjeros objeto de expulsión. Hasta tal punto, que se puede sostener que este órgano judicial ha construido un DI regional europeo propio en materia de expulsión de extranjeros. Por ejemplo, mediante la aplicación de un concepto omnicomprensivo y autónomo de expulsión, como se demuestra claramente en los Capítulos III y IV. Se puede poner muy en duda si los EP que firmaron el CEDH y sus Protocolos, pretendían asumir todo este conjunto de garantías jurídicas desarrolladas por el tribunal de Estrasburgo en materia de expulsión de extranjeros. Porque, en definitiva, el conjunto de garantías jurídicas reconocido por el TEDH en favor de los extranjeros objeto de expulsión, limita muy considerablemente la tradicional discrecionalidad de la que disfrutaban los Estados en un ámbito tan sensible para sus intereses soberanos.

Por su parte, el papel del TJUE ha consistido en interpretar y aplicar la normativa de la UE en materia inmigración. Más en concreto, se erige como un actor clave en materia de asilo en el seno de la UE. Gracias a la interpretación y aplicación que lleva a cabo de las disposiciones de la Directiva de Reconocimiento enmarcada dentro del SECA, a su vez basada en la plena aplicación de la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo de 1967. Asimismo, el carácter técnico de la jurisprudencia del TJUE se pone de manifiesto a la hora de interpretar los derechos procesales de los extranjeros objeto de expulsión, como se ha comprobado en el Capítulo VII. El TJUE se ha preocupado de concretar el contenido y alcance de un conjunto de garantías procesales aplicables a los procedimientos de expulsión en el seno de los EM de la UE. En este ámbito se ha puesto de manifiesto que el desarrollo del proceso de integración europea y de su ordenamiento jurídico, ha aportado una mayor seguridad jurídica en favor de los extranjeros objeto de expulsión, en el marco del DI particular que constituye la UE.

DÉCIMOPRIMERA. – Como se ha podido comprobar a lo largo del presente trabajo, por lo general, cabe apreciar la existencia de un fructífero diálogo judicial entre el TEDH y el TJUE en materia de expulsión de extranjeros. La incorporación del contenido del CEDH al ordenamiento jurídico de la UE gracias a la noción de principios generales del derecho ha favorecido este diálogo judicial. Lo que ha convertido a las garantías reguladas en el CEDH en mínimos interpretativos sobre los que tiene que basarse el TJUE a la hora de interpretar y aplicar el DUE en el ámbito de la expulsión de extranjeros.

El fluido diálogo judicial entre ambos tribunales europeos en el ámbito de la protección efectiva a los derechos del extranjero objeto de expulsión, se proyecta en la aplicación de la mayor parte de los derechos estudiados en los anteriores Capítulos de este trabajo. Entre otros, se hace muy evidente en los siguientes ámbitos: en la prohibición de la expulsión a causa de determinadas circunstancias relacionadas con cuestiones de salud; en la aplicación de criterios relativos al derecho a la vida familiar para determinar la proporcionalidad entre los derechos del extranjero y los intereses del Estado; en el carácter no punitivo de las condiciones de detención de los extranjeros; y en la asistencia lingüística en favor de los solicitantes de asilo.

En otras ocasiones la jurisprudencia de estos órganos judiciales se complementa. Por ejemplo, la jurisprudencia del TEDH derivada del art. 3 del CEDH, puede paliar la incertidumbre que presenta el DUE a la hora de abocar a los extranjeros a limbos jurídicos

después de su internamiento sin que la expulsión se ejecute. Además, la aplicación por el TEDH del principio de debida diligencia a la hora de restringir el tiempo de detención, de forma más o menos indirecta le permite supervisar los límites temporales establecidos en el DUE.

El fluido diálogo judicial mantenido entre el TEDH y el TJUE en materia de expulsión de extranjeros, permite afirmar que no hay riesgo de fragmentación del DI que regula este sector de normas en el ámbito regional del COE y en la UE. Por tanto, *a priori*, no parece probable que surjan dificultades de mucha envergadura en el caso de que la UE finalmente se adhiera al CEDH; siempre y cuando continúe el fructífero diálogo judicial entre ambos Tribunales. Al menos hasta la fecha de hoy, no se aprecian interpretaciones divergentes de cierta importancia entre el TEDH y el TJUE en el sector de normas del DI que regula la expulsión de extranjeros.

En esta dirección, los EM de la UE deben cumplir el CEDH también en el marco de las políticas migratorias europeas, lo que ha permitido al TEDH ejercer un control judicial externo de la aplicación del DUE, al menos de forma indirecta. Por ejemplo, a la hora de refutar la presunción *iure et de iure* de que todos los EM, *per se*, son seguros, el TEDH ha conseguido que el TJUE reconozca la necesidad de que los EM lleven a cabo una evaluación de los DDHH en el EM de la UE antes de proceder a la expulsión del extranjero. Lo que conlleva que el TEDH monitorice, de algún modo, el cumplimiento del CEDH por parte de los EP cuando estos aplican el DUE.

Además, existen ámbitos en los que la problemática jurídica que se plantea con relación a la expulsión de extranjeros se hace muy conveniente la adhesión de la UE al CEDH, o incluso se puede decir que muy necesaria. Por ejemplo, por lo que se refiere a las operaciones de retorno de extranjeros llevadas a cabo por la Agencias de la Guardia Europea de Fronteras y Costas en el marco de la cooperación en la gestión de fronteras junto a sus EM. La adhesión de la UE permitiría el control jurisdiccional del efectivo respeto por parte de la Agencia del CEDH y también de todo el corpus jurisprudencial que el TEDH ha elaborado en el ámbito de la expulsión de extranjeros y, más en concreto, la jurisprudencia relativa al cumplimiento del principio de no devolución de conformidad con el art. 3 del CEDH.

DECIMOSEGUNDA. - En definitiva, toda esta jurisprudencia emanada del TEDH y del TJUE, en última instancia y con carácter general, viene a confirmar judicialmente la existencia de un orden público europeo en materia de protección de los derechos de los

extranjeros objeto de expulsión. En el contexto de la aplicación, en el ámbito regional europeo, del respeto de los DDHH como principio estructural del ordenamiento internacional contemporáneo; principio que se ha convertido en una de las señas de identidad de las principales OOII presentes en el continente europeo, el COE y la UE. A pesar de que en el ámbito universal el alcance y contenido de este principio e incluso su propia vigencia, puedan presentar muchas más incertidumbres. Así se demuestra, al menos, en el sector de normas del DI que regula la expulsión de extranjeros.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CONCLUSIONS

FIRST. - There is no international treaty, whether with a vocation for universality, whether regional, that conventionally regulates the expulsion of aliens in the contemporary DI. Despite the importance of this issue, among others for a majority of the European States and especially for the States of the northern Mediterranean basin, in the context of the migratory pressure that they have endured in recent years. In view of the lack of interest shown by a large number of States throughout the codification process and the apathy with which the UNGA has so far received its final result, it does not seem at all probable that the Draft completed by the Commission in Second reading on this topic in 2014, will become an international treaty.

In view of this situation, the present research work has been devoted to analysing, thoroughly, the jurisprudence of the ECHR and the CJEU in the field of the expulsion of aliens, taking as a reference the Draft of the CDI. During the last decades, the main issues addressed by the Commission in its Draft have been the subject of the hermeneutic work carried out mainly by the ECHR and also, although to a lesser extent, by the CJEU. The case law of these two judicial bodies on the legal problems that the expulsion of aliens presents, includes several hundreds of judgements, that as a whole form a very complex corpus *iuris*, with very diverse and at the same time cross cutting topics.

This jurisprudence revolves mainly on two policy areas of contemporary IL. On the one hand, the IL of Refugees is interpreted and applied mainly by the CJEU in accordance with the Qualification Directive; this standard implements the Geneva Convention on the Status of Refugees within the scope of the EUL, in addition to developing legislatively the scope and content of the protection of persons requesting international protection in an EU MS. On the other hand, the IHRL, and more specifically the ECHR and its Protocols, have allowed the ECHR to develop a jurisprudence largely guaranteeing the HR of the alien subject to expulsion. Likewise, the CJEU, within the framework of the interpretation and application of the EUL, has also applied the IHRL in the area of the expulsion of aliens, taking into account the provisions of the ECHR and its Protocols and the case law of the ECHR in this regard.

As shown throughout this research, as a whole the jurisprudence of these two courts is a very relevant contribution to provide legal security in favour of aliens subject to expulsion, in an area in which traditionally the IL allowed States a very wide margin of

discretion. As can be learned from the reading of the seven chapters in which this research work is divided, the jurisprudence of these two judicial bodies has specified the content and scope of protection that the contemporary IL, in the European regional area of the CoE, and in the particular subsystem that constitutes the EU, guarantees aliens subject to expulsion. Which in general has meant a significant erosion of the almost unlimited sovereign power that States could exercise in the classical IL for the expulsion of an alien from their territory.

SECOND. - As regards the IL of refugees, art. 6 of the ILC Draft proposes a referral to the Convention of the Status of Refugees and its 1967 Protocol, as regulatory limits that States must respect in order to expel an alien. The CJEU interprets and applies the Qualification Directive with which the Geneva Convention and its Additional Protocol are implemented in the EU. Therefore, although this field of IL norms does not have, in the universal scope, a judicial body that interprets and applies its provisions, the CJEU takes that role in the EU. This makes it, in some way, a judicial asylum body, although within the framework of the particular IL that constitutes the EU.

Within the scope of this integration IO, under the designation of "international protection", there are two statuses: refugee and subsidiary protection. The granting of any of these two statuses is a limit to the expulsion of aliens, since the principle of *non refoulement* is equally applicable to both statuses. The CJEU shows some deference to the state sovereignty, since it recognizes the procedural autonomy that corresponds to the States so that they can assess the conditions by which they must grant international protection. But the CJEU limits this procedural autonomy to the fulfilment of the Geneva Convention and also to the effective respect of the alien's human rights.

In this regard, the CJEU relies on the criterion of individualized persecution as a keystone to determine the need for protection under the refugee status. This judicial body advocates for the principle of effective protection of the rights of aliens, when assessing that there is individual persecution. An example of this, firstly, is the jurisprudence of the Luxembourg court that recognizes that international protection should be granted through refugee status to a alien who is persecuted in his State of origin for religious reasons. The CJEU does not require the individuals to abandon their religious practice in order to avoid persecution. For its part, the ECHR also protects aliens from expulsion if the manifestation of their religious freedom in their State of origin carries a risk of violation of arts. 2 and 3 of the ECHR.

Secondly, the effective protection that the CJEU guarantees to applicants for refugee status is demonstrated when determining the causes for the cessation of the status. The Luxembourg court requires that in order to withdraw the refugee status of an alien, he must receive effective protection by the State of which he is national. To this end, it may be required that such a State have an institutional system with some effectiveness and stability. And thirdly, to determine the existence of a cause of exclusion from the refugee status, the CJEU maintains that the protection that the alien receives by a UN agency, other than UNHCR, must be effective and not merely possible.

In this direction, the complementarity of the case law that emanates from the ECHR and the CJEU when granting protection against expulsion, is clear in the cases in which the risk of persecution comes from the refusal of the alien to do military service in the State of origin. The ECHR guarantees protection to the individual in these circumstances through the application of the right of conscientious objection, in accordance with art. 9 of the ECHR, which prevents the expulsion of the alien. For its part, the CJEU recognizes the granting of refugee status to an alien who cannot accede to the procedure by which the status of conscientious objector is recognized in his State of origin.

In addition, in the EU the protection provided by the 1951 Geneva Convention is extended, so that it is also applicable to those persons who, not being recognized as refugees, run the risk of serious harm in the event of expulsion to their State of origin. This form of international protection is legally enforced through the subsidiary protection status. This protection is inspired by that developed by the ECHR in accordance with art. 3 of the ECHR. Although, the scope of subsidiary protection does not cover all the aspects that art. 3 of the ECHR. However, the jurisprudence of the CJEU shows that gradually the material scope of the subsidiary protection status has been approaching the interpretation and application which ECHR carries out of art. 3, largely guaranteeing the rights of the alien. For example, in certain circumstances, such as those that occur in the *MP* case, the CJEU recognizes the subsidiary protection status of aliens with psychological problems caused by inhuman treatment received in the State of their nationality, thus following the case law of the ECtHR on the art. 3 of the ECHR. With that, a fluid judicial dialogue between these two jurisdictional bodies is verified, and whose jurisprudence, quite often, complements and influences each other in order to guarantee an effective protection of the rights of the alien seeking international protection and who is subject to expulsion.

THIRD. - With regard to the IHRL, in its Draft the ILC protects the right to life of the alien subject to expulsion through two provisions. On the one hand, in art. 16 it is established in general that the expelling State will protect the right to life of the alien subject to expulsion. On the other hand, in art. 23 it is forbidden to expel an alien to a State in which his life will be threatened; first, for any reason that is not in accordance with the IL; and secondly, states which have abolished the death penalty are prohibited from expelling an alien to a state in which the death penalty can be applied. The ILC itself considers that this last prohibition falls within the scope of the gradual development of IL.

But it can be said that it is part of the IL in force in the European regional area that constitutes the CoE thanks to the gradual abolition of the death penalty initiated by the ECHR and subsequently continued and consolidated thanks to its Additional Protocols. Indeed, the right to life is considered by the ECHR as an absolute right. The ECHR maintains the validity in the European regional IL of a consensus according to which no State can apply the death penalty; which includes States such as the Russian Federation, which have not ratified Protocol n. 13 to the ECHR but, in practice, they comply with it.

In this sense, in its jurisprudence the ECHR prohibits the expulsion of an alien to a State in which the alien runs the risk of being subjected to the death penalty. This jurisprudence is not too abundant, as many States from all parts of the world have abolished the death penalty. In the few applications lodged with the ECHR for this reason, the Court usually concludes a violation of art. 3 of the ECHR for the feelings of anguish that the alien may experience in the face of the risk of being expelled under the threat of being sentenced to death in the State of destination. Therefore, although the ECHR interprets in an integrated manner the arts. 2 and 3 of the ECHR, in its judicial practice it attaches a greater importance to the rights that preserves the art. 3 of the ECHR, as demonstrated in *Al-Saadoon and Mufdhi v. UK*. Although, the ECHR maintains that the art. 2 if the PSs do not apply the principle of due diligence when investigating the risks to the life of the alien in the State of destination. The ECHR also applies this due diligence standard so that the PS can effectively investigate the interception and rescue operations of people in danger at sea, if aliens perish during these operations.

With regard to the last point, up to now the possible responsibility of an PS has not been raised before the ECHR, in accordance with art. 2 of the ECHR, for ordering a ship of non-state actors to transfer aliens rescued at sea to a state in which their lives may be in danger. In this case, the ECHR could conclude that the PS violates art. 2 of the ECHR.

It could also be a case in which the transfer is decided and executed in an operation coordinated by the EU. But in this instance the EU cannot be sued before Strasbourg, since this IO is not yet part of the ECHR. This highlights the desirability of the EU acceding to the ECHR, always from the point of view of guaranteeing the effective protection of the rights of aliens subject to expulsion in the context of such operations.

FOUR. - In its Draft, the ILC devotes two provisions to the prohibition of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment as a limit to the expulsion of aliens. The art. 17, from the point of view of the predominantly internal dimension, establishes such prohibition on the part of the expelling State in relation to a alien subject to expulsion. And art. 24, from the perspective of the external dimension, states that it is not possible to expel an alien to a State in which he is in danger of being subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

The prohibition of torture, punishment or inhuman or degrading treatment regulated in art. 3 of the ECHR as a non-derogable right, as interpreted by the ECHR, always taking into account the principle of effectiveness, has allowed the development of a jurisprudence that specifies the protection that PSs must guarantee in accordance with this provision to aliens subject to expulsion. Firstly, the ECHR not only protects aliens from expulsion at the risk of torture, punishment or inhuman or degrading treatment by state authorities in the State of destination. It also protects aliens subject to expulsion when the risk of treatment contrary to art. 3 of the ECHR comes from non-state actors. This area of protection of aliens subject to expulsion is not included in the ILC Draft. Therefore, everything indicates that it is a regulatory solution of the IL in force at the European regional level.

Secondly, the importance that the Strasbourg court gives to safeguarding the interests protected by art. 3, it is demonstrated in the application of precautionary measures, specially designed for cases in which a procedure of expulsion of an alien, who may suffer in the State of origin the violation of said provision is under way. The ECHR has confirmed the mandatory nature of the precautionary measures, as a result of the absolute nature of the prohibition contained in art. 3.

Thirdly, the ECHR plays a leading role in evolving case law, and to a large extent guarantees the rights of aliens subject to expulsion, by prohibiting, under certain circumstances, the expulsion of aliens for health reasons, always in compliance with art. 3 of the ECHR. This jurisprudence, in addition to eroding state sovereignty in the matter

of expulsion, can entail economic implications of certain relevance for PSs. Until 2016, the ECHR is more deferential to the interests of the State, by requiring a high threshold of seriousness to the disease of the alien to prohibit the expulsion. As of 2016, with *Paposhvili v. Belgium*, the ECHR reduces the requirements to determine the prohibition of expulsion and takes into account aspects that were not previously evaluated, such as the access that the alien will have to his medical treatment in the State of destination. In addition, as already mentioned in the Second Conclusion, the CJEU also recognizes, in certain cases, the granting of subsidiary protection status to aliens whose expulsion may have harmful implications for their health.

This line of fluid judicial dialogue between the ECHR and the CJEU is also evident when assessing the effective protection that the alien can receive from his State of nationality as a criterion to be taken into account in order to prohibit his expulsion, again in the context of the interpretation and application of art. 3. In particular, when the ECHR ascertains that there is the possibility of an "internal flight", it does not consider that the expulsion contravenes Article 3 of the ECHR. Therefore, if it finds that in some region of the State of destination the alien can receive effective protection, it allows her expulsion. For its part, in such circumstances the CJEU also exempts an MS from granting refugee status to an alien.

Fourthly, the ECtHR rebuts the presumption that the EU MSs intend to maintain *iure et de iure*, according to which simple membership in this IO of integration implies a certificate of safe State. The effective protection required by the ECHR when guaranteeing the human rights of aliens and in particular compliance with art. 3 of the ECHR, requires the PS to evaluate the prevailing circumstances in the State of destination before proceeding with the expulsion. So there are no applicable stereotyped concepts to assess the safety of a State. The transfer of the alien is only possible if the circumstances prevailing in the State of destination are in accordance with the ECHR. This interpretation of art. 3 of the ECHR has led, within the scope of the EUL, to reformulate the discretionary nature of the so-called sovereignty clause, making it mandatory in certain cases.

Therefore, the establishment in the EU of a closed list of safe States that allow the expulsion of aliens is not compatible with the case law of the Strasbourg court. A list of safe States such as the one proposed by the European Commission does not necessarily entail the evaluation in the specific case of the circumstances existing in the State of destination, as required by the Strasbourg court. For this reason, *de lege ferenda* is a better

option a "list of criteria" that allows to prove if a State is safe at the time of expelling an alien in each specific case. This list of criteria can take as reference the criteria developed by the ECHR within the diplomatic assurances, established in *Othman v. UK*. These criteria, although they do not ensure 100% that the alien will be treated in accordance with the ECHR in the State of origin, at least do contribute to greatly reducing the risk of the opposite occurring.

And fifthly, it should be noted that the principle of non-refoulement that the ECHR interprets and applies in accordance with art. 3 of the ECHR has a broader content and scope and, therefore, more guarantee, than the one offered by the principle of *non-refoulement* regulated in the IL of Refugees. The Geneva Convention provides for the application of the principle of *non-refoulement* only to refugees. While the principle of non-refoulement that the ECHR creates from the interpretation and application of art. 3 of the ECHR is applicable to any person who is under the jurisdiction of a PS. In addition, the principle of *non-refoulement* provided for in the 1951 Convention does not apply to aliens who pose a risk to the order and public security of the host State. While the principle of non-refoulement developed by the ECHR from the art. 3 of the ECHR is of an absolute nature, and its validity remains even when the presence of the alien in the PS carries a risk to national security. Also, the Geneva Convention does not regulate the prohibition of indirect *non-refoulement*; a prohibition that according to the ECHR does stem from the principle of non-refoulement in compliance with art. 3 of the ECHR.

In short, the jurisprudential corpus developed by the ECHR in relation to art. 3 of the ECHR and followed by the CJEU, confirms the protection proposed with the arts. 17 and 24 of the ILC Draft, and also extends its content and scope. Of course, this jurisprudence concerning the principle of non-refoulement erodes significantly the traditional sovereignty enjoyed by States in the area of the expulsion of aliens.

FIFTH. - The simplicity with which the Protocol n. 4 to the ECHR prohibits the collective expulsion of aliens, does not solve all the doubts that the content and scope of this prohibition raises. But in its jurisprudence the ECHR specifies the criteria by which it can be understood that an expulsion of aliens is collective. In summary, according to the Strasbourg court, an expulsion is collective in which, on the one hand, an individual assessment of the particular circumstances of the alien subject to expulsion is not carried out and, on the other hand, the expulsion decision is not adopted in light of such personal circumstances. Therefore, the requirement of an individual examination goes beyond the

mere identification of the person or their country of origin. The decision on whether or not to expel the alien must be based on the specific circumstances that affect the person identified, and the risk that for that person entails his expulsion to his State of origin must be assessed.

In its comments to art. 9 of the Draft, which prohibits the collective expulsion of aliens, the ILC recognizes that its proposal is based on the case law of the ECHR, which explains why in that provision the coding body reflects in some measure and very briefly the definition of collective expulsion that its being applied by the Strasbourg court in its jurisprudence.

In addition, using the principle of effectiveness, the ECHR interprets that the ECHR requires an extraterritorial application of art. 4 of Protocol n. 4 to the ECHR. This extraterritorial application has as a consequence that the ECHR takes on and makes use in its jurisprudence of an "autonomous concept of expulsion". This concept covers any transfer carried out by an agent of the PS to a third State. Regardless of whether this transfer is made from the territory of the PS, from the territory of a third State or from a space of international interest, such as the high seas, as in *Hirsi Jamaa and others v. Italy*. This "autonomous concept of expulsion", of all-encompassing nature, is much broader than the concept of expulsion proposed in art. 2, letter a) of the ILC Draft, and of course it is more protective of the human rights of the alien, since it covers any situation in which an alien is expelled by the state authorities, wherever he is.

The concept of expulsion used by the ECHR in its jurisprudence avoids the creation of zones of "non-rights" or "legal limbo", which could make it easier for States to evade their responsibilities in accordance with the ECHR. It is a jurisprudence that can affect to a certain extent the design of the migratory policies of the States. As it can happen in the case of Spanish policy that applies "hot returns", if the Grand Chamber confirms the violation of the ECHR in *N.D. and N.T.* This may of course have relevance in a context in which European states tend to outsource the control of their borders to contain migratory flows from third countries. But as the Strasbourg court held, the PS's migration and border control policies must be in accordance with the ECHR and the rights recognized in this convention, with the scope and content that correspond as they are interpreted and applied by the ECHR itself.

SIXTH. - Art. 18 of the ILC Draft establishes the obligation to respect the right of aliens subject to expulsion to family life; although the coding body recognizes that it is

not an absolute right. To assess whether the interference of the State in this right is lawful in the area of the expulsion of aliens, it is necessary to establish a "right balance" between the rights of the alien and the interest of the State. To assess the notion of "right balance", the ILC is inspired by the ECHR case law that interprets and applies art. 8 of the ECHR. But this jurisprudence not only protects the right of the alien to family life; also his private life. However, most of this jurisprudence focuses on the protection of the family life of aliens subject to expulsion.

According to the ECHR, the right of the alien subject to expulsion to private and family life admits interference on the part of the state authorities, but provided that the ECHR is respected. The Strasbourg court has developed quite specific criteria from *Boultif v. Switzerland*, subsequently confirmed in *Üner v. The Netherlands*, aimed at establishing in each case whether the principle of proportionality of expulsion is complied with in relation to respect for the private and family life of the alien.

In the first place, the ECHR is more in favour of the state interests, if the expulsion is adopted because of the severity that characterizes the criminal behaviour of the alien. With the objective that the State can maintain public order and national security. In this area, the Strasbourg court gives a large margin of appreciation to the States, so that they can estimate the risk that the alien's stay on their territory poses for their national security.

Secondly, when assessing whether the family life of aliens is respected, the ECHR not only relies on questions related to the so-called "nuclear family", such as the duration of the marriage or the best interests of the children affected by the expulsion. In a guarantee-based application of art. 8 of the ECHR, it also focuses on evaluating aspects that depart from the strict notion of "family life". As shown by the jurisprudence that comes to assess aspects such as the time that the PS uses to process an asylum application or the psychosocial impact that the expulsion can have for the alien. It also worth highlighting, among other relevant aspects of its jurisprudence, the protection that the ECHR provides to minors, with special attention to the best interests of the child, in situations in which the state authorities decide the expulsion of the child's parents and / or of the child himself. Likewise, the higher interest of children is also applied by the ECHR when the alien subject to expulsion is a minor. In these cases, the Court gives little margin of appreciation to the States to justify the expulsion of alien who is a minor for the commission of criminal offenses which are not of very serious, as in *Jakupovic v. Austria*.

In this way, the ECHR defends a largely guarantee-based and effective interpretation of the rights of aliens subject to expulsion, with which it takes into account all the implications this can have for their family life. Surely, at the time of signing the ECHR, the States did not foresee the interpretation that the ECHR was going to carry out of the right to family and private life of the alien as a limit to their sovereignty in terms of expulsion of aliens.

For its part, the jurisprudence of the CJEU on the right of aliens to family life applies, on the one hand, within the framework of family reunification, where the sponsor is a alien who is a legal resident in the MS. On the other hand, in accordance with certain EU citizenship rights that can be enjoyed by foreign relatives of a European citizen. Therefore, as a matter of principle, the EUL does not protect the right to family life of those family units composed entirely of irregular aliens.

In its jurisprudence, the CJEU adopts the criteria developed by the ECHR to determine whether the principle of proportionality is fulfilled between the right of the alien subject to expulsion to family life and the state interests. In addition, the CJEU follows the progressive and effective interpretation that the ECHR makes of the right to family life, by including in the notion of "spouse" the unions formed by persons of the same sex. Likewise, the fruitful judicial dialogue between the two courts is clear when limiting the right to family life for issues related to order and security. In a guarantee-based application of human rights, both courts require that the threat that the individual poses for the State is serious and real so that the authorities can decide to expel the alien to the detriment of their right to family life. The development of this fluid judicial dialogue allows both European regional courts to converge in the direction of establishing limits to the sovereignty of European States in the area of the expulsion of aliens.

SEVENTH. - The content and scope of the proposal of art. 19 of the ILC Draft, which establishes the conditions of detention of aliens for the purpose of their expulsion, has been confirmed in general by the case law of the ECHR and the CJEU, as an expression of the IL in force in the European regional area of the CoE and in the particular IL that constitutes the EU. Both European courts have developed extensive jurisprudence on the limits to the power of European states to arrest aliens to ensure their effective expulsion. Although, in the jurisprudence of both courts, criteria that are not entirely homogeneous are applied at the time of requiring an examination of proportionality of the measure involving the deprivation of liberty. The ECHR does not require an

examination of appropriateness or proportionality of detention to ensure expulsion. The only limit imposed in this sense is that the measure be applied for the purpose of expulsion. The CJEU is more guarantor in this regard when it comes to requiring that detention be ultimately adopted; this measure can only be applied once the study of the alternatives to detention justify the conclusion that there is no less intrusive measure in the alien's right to freedom, which ensures the effective expulsion in the same way as detention.

But at the same time, the jurisprudence of the ECtHR and the CJEU on detention matters is complemented in various fields. Both European courts have specified a number of procedural guarantees applicable to detention. In this sense, it can be highlighted that according to the ECHR the alien must be able to appeal against the decision of expulsion in an effective, accessible and fast way, sometimes, accompanied by free legal aid. For its part, the EUL does not provide the right to appeal the detention order. Although, the EUL requires a review of the detention measure when it is adopted by an administrative body, a point on which the ECHR has not ruled in its jurisprudence.

The EUL does not regulate the problem that arises when an alien reaches the maximum time of detention without the expulsion having been executed. Which may result in the alien being in a kind of "legal limbo". The EUL allows some discretion to the States to regulate this type of situation. To date, a case concerning this problem has not been presented to the ECHR; in such a case, it could be argued that the situation of legal marginality to which the alien is exposed when not expelled or regularized, may entail the violation of art. 3 of the ECHR. This legal assessment would be consistent with jurisprudence related to art. 3, in general aimed at ensuring that the rights recognized in the ECHR are effective.

In this regard, there are several aspects regarding the detention of aliens subject to expulsion, in which the ECHR and the CJEU demonstrate a fluid judicial dialogue. On the one hand, both Courts oppose the detention being justified on grounds of public order and national security. On the other hand, both the Strasbourg and Luxembourg courts agree that the detention of an alien cannot be punitive. Therefore, the conditions of the detention of aliens for the purpose of their expulsion must be respectful of their human rights; the same conditions of detention, which are imposed on ordinary prisoners for criminal offenses, cannot be applied to them. In this sense, the jurisprudence of the CJEU is more guarantee-based of the alien's rights, in comparison with the proposal of art. 18 of the ILC Draft. The technical coding body allows, although only in exceptional

circumstances, the detention of aliens with ordinary prisoners. The CJEU prohibits it under any circumstance, even when there is express consent from the alien, as in the *Pham* case.

As regards the ECHR, first, in its case law it does not recognize the existence of temporary limits on the detention of aliens, as it could not be otherwise since the ECHR does not expressly regulate such limits. Although, the limits imposed by the ECHR on detention are not specified in terms of temporality, but in each case in accordance with due diligence and respect for human rights. For its part, the ECHR establishes a higher standard of protection when the detention is carried out in a place not authorized for that purpose. For example, when the detention is carried out in the airport transit areas, the detention time must be shorter than usual, as is clear in *Z.A. and others v. Russia*. In this respect, the ECHR analyses the detention conditions of aliens and gives special importance to the personal space of aliens. Always in the context of the due diligence that the authorities must comply with when carrying out the actions aimed at executing the expulsion. This limits the time during which the alien can be deprived of liberty, in accordance with the basis of the detention: that his effective expulsion can be carried out.

Second, the ECHR recognizes the need for special detention regimes for alien minors and asylum seekers; issues that are not foreseen in the ILC Draft. In these two areas *rationae personae*, the ECHR requires the PSs to carry out the examination of alternatives to detention; which, as has been pointed out, does not require for the general regime of detention of aliens. This is a jurisprudence that surely conditions the discretion of States when it comes to detaining aliens for the purpose of expulsion.

EIGHTH. - In its Draft, the ILC regulates a series of guarantees for the procedural rights of aliens applicable to the expulsion procedure. The art. 4 of the ILC Draft establishes the obligation that the expulsion be adopted in accordance with the law. For its part, art. 1 of Protocol n. 7 of the ECHR, also requires that the adoption of an expulsion decision be in accordance with the law. However, this guarantee is only applicable to legal resident aliens in an PS. The jurisprudence of the ECHR interprets and applies this provision with this limitation *rationae personae*, and supervises the quality of the state regulations, paying special attention to the predictability of the sanction of expulsion in the internal order.

The art. 5 of the ILC Draft provides for the grounds for expulsion; according to this provision, every resolution must be motivated; must be based on a reason provided by

law; every reason for expulsion must be evaluated in good faith and in a reasonable manner and in light of all the circumstances; and a State cannot expel an alien for a reason contrary to its international obligations. In the EUL, the administrative irregularity of the stay constitutes the motive most frequently invoked by the MS to decide the expulsion of aliens. The CJEU has been in charge of limiting the competence of the States when it comes to sanctioning irregular stay of aliens in order that this does not hinder the rapid and effective expulsion of irregular aliens. For example, the CJEU determines that a house arrest penalty cannot be imposed when it may delay the expulsion of an alien. As well as it cannot establish a system that sanctions the irregular stay with a fine or expulsion depending on the case, as determined in *Zaizoune*.

The art. 26 of the ILC Draft contains a list of procedural rights that all aliens subject to expulsion must have. In this regard, first of all, the ILC and both European regional courts converge in establishing the scope of the right to be heard and the right to a lawyer in favour of aliens subject to expulsion. On the one hand, the right of the alien to be heard in a public hearing is subject to the discretion of the State. On the other hand, they recognize the alien's right to a lawyer, but they do not specify who is responsible for assuming the cost of legal representation. Secondly, in its Draft the ILC recognizes the alien's right to be notified of the expulsion order. For its part, the CJEU does not restrict itself to guaranteeing the notification of the decision to expel the alien, it also requires that the reasons for which the decision is adopted be detailed. In addition, in order to ensure effective judicial protection of the alien, the CJEU requires that the notification be made in writing. Thirdly, both the ECHR and the CJEU defend the importance of linguistic assistance for asylum seekers. This preserves the effective and full access of the applicant to the asylum procedure, thereby ensuring the principle of legal security.

The art. 27 of the ILC Draft establishes, in the framework of the progressive development of the IL, the suspensive effect of the appeal against the expulsion resolution. Although, the suspensive effect is limited to the fulfilment of a double cumulative requirement: that it is requested by an alien legally established in a State; and that there is a real risk of serious and irreversible damage in case of expulsion. The analysis of the case law of the ECHR and the CJEU shows certain differences of opinion between the two courts in determining when the suspensive effect of the appeal is mandatory. According to the CJEU, the suspensive effect of the appeal is largely conditioned by the discretion of the domestic courts. This means a significant deference to the procedural autonomy of the EU MS. While the ECHR not only confirms the

proposal of the ILC, but goes further in applying this guarantee to all aliens subject to expulsion, including those in an irregular situation. Again as a consequence of the absolute nature of art. 3 of the ECHR, as well as of resorting to the principle of effectiveness in the interpretation and application of this provision; as it has already made clear in the Fourth Conclusion.

NINTH. - As it has been demonstrated throughout this research work, the jurisprudence of the ECHR and the CJEU regarding the expulsion of aliens confirms the protection that the ILC proposes for this group in practically all the provisions of its Draft.

In addition, compared to some of the regulatory solutions proposed by the Commission in its 2014 Draft, the jurisprudence of the ECHR and the CJEU is more guarantor of the rights of aliens subject to expulsion in several areas. Among other issues, the EUL has specified and extended the scope of the alien's rights by not limiting itself to the protection established in the Geneva Convention for the Status of Refugees. It also offers protection to aliens through the subsidiary protection status. In addition, the CJEU has strongly confirmed the non-punitive nature of the detention under any circumstances.

For its part, the ECHR guarantees protection against the treatment of non-state actors in the State of destination that may be contrary to art. 3 of the ECHR; it provides respect for the right to privacy and not only the alien's family as a limit to their expulsion; recognizes special detention regimes for minors and asylum seekers; and defends the suspensive effect of the appeal in favour of all those aliens who may be subject to serious and irreversible treatment in case of expulsion.

As it has been shown throughout this research work, a good part of the guarantees provided for in the ILC Draft in favour of aliens subject to expulsion, are based on the European Regional IL of the CoE and on the particular IL that establishes the EU. But the inclusion of these guarantees in an international convention with a universal vocation open to the signature and ratification of all the States of the world does not seem to be successful; in view of the disinterest of States and the apathy demonstrated so far by the UNGA. Thus, the proposal of the ILC to make the regulatory solutions of the IL effective in the European regional area, with norms accepted by the States worldwide, it does not look like it's going to come to fruition, notwithstanding that some of the dispositions of the ILC Draft can be considered as an expression of the general IL in force (for example and among others, articles 16 and 17 of the draft).

In this way, the expulsion of aliens is not an area that is foreseeable that the interaction between the European regional IL of the CoE and the particular IL that constitutes the EU, on the one hand, and general IL, on the other hand, will produce a lot of results. Although, taking into account the development of the institutional structure at the American regional level and, above all, in light of some pronouncements of the Inter-American Court of Human Rights, in the future it can be predicted that there may be some interaction between the European regional IL and the American regional IL, regarding the expulsion of aliens.

TENTH. - The impact of the institutional structure in the contemporary IL has favoured the development of the content and the scope of the norms of this legal order, thanks to the creation of international judicial bodies, of a permanent nature and with compulsory jurisdiction. Within the regional IL subsystem of the CoE and the particular IL system that constitutes the EU, the ECHR and the CJEU, respectively, have specified an important set of guarantees in favour of aliens subject to expulsion, providing a considerable degree of security in the interpretation and application of international standards regarding the expulsion of aliens. This jurisprudence has eroded to a large extent the voluntarism and relativism that deeply characterize the international order, at least in its most extreme version of the classical IL.

Indeed, the ECHR, based on the interpretation and application of the ECHR and its Protocols in no less than hundreds of judgments, has drawn up a body of case law of enormously important on the human rights of aliens subject to expulsion. So much so that it can be argued that this judicial body has built its own regional European IL on the expulsion of aliens. For example, by applying an all-encompassing and autonomous concept of expulsion, as is clearly demonstrated in Chapters III and IV. It may be seriously called into question if the PSs that signed the ECHR and its Protocols, intended to assume all this set of legal guarantees developed by the Strasbourg court in the matter of the expulsion of aliens. Because ultimately, the set of legal guarantees recognized by the ECHR in favour of aliens subject to expulsion limits very considerably the traditional discretion given to the States in an area so sensitive to their sovereign interests.

For its part, the role of the CJEU has been interpreting and applying European regulations on immigration. More specifically, it stands as a key actor in terms of asylum within the EU. This is due to the interpretation and application that it carries out of the provisions of the Qualification Directive framed within the CEAS, based on the full

application of the 1951 Geneva Convention and its 1967 Protocol. In addition, the technical nature of the case law of the CJEU becomes clear when interpreting the procedural rights of aliens subject to expulsion, as has been shown in Chapter VII. The CJEU has been concerned with specifying the content and scope of a set of procedural guarantees applicable to expulsion procedures within EU MS. In this area it has become clear that the development of the European integration process and its legal system has provided greater legal certainty in favour of aliens subject to expulsion, within the framework of the particular IL that constitutes the EU.

ELEVENTH. - As it has been shown throughout the present work, it is possible to note the existence of a fruitful judicial dialogue between the ECHR and the CJEU regarding the expulsion of aliens. Adding the content of the ECHR into the EU legal order thanks to the notion of general principles of law has favoured this judicial dialogue. This has turned the guarantees regulated in the ECHR into minimum standards on which the CJEU must base itself when interpreting and applying the EUL in the area of the expulsion of aliens.

The fluid judicial dialogue between both European courts in the field of effective protection of the rights of aliens subject to expulsion, is shown in the application of most of the rights studied in the previous Chapters of this work. Among others, it is very obvious in the following areas: in the prohibition of expulsion because of certain circumstances related to health issues; in the application of criteria relating to family life to determine the proportionality between the rights of the alien and the interests of the State; on the non-punitive nature of the detention conditions of aliens; and in the language assistance of asylum seekers.

On other occasions the jurisprudence of these judicial bodies complement each another. For example, the ECtHR case law resulting from art. 3 of the ECHR, can reduce the uncertainty that presents the UL when it comes to placing aliens in legal limbo after their detention without the expulsion being executed. Furthermore, the application by the ECHR of the principle of due diligence when restricting the detention time, in a more or less indirect way, allows it to supervise the time limits established in the UEL.

The fluid judicial dialogue maintained between the ECtHR and the CJEU regarding the expulsion of aliens, allows us to state that there is no risk of fragmentation of the IL which regulates this area of standards in the regional scope of the CoE and in the EU. Therefore, a priori, it does not seem likely that major difficulties will arise in the event

that the EU finally accedes to the ECHR; as long as the fruitful judicial dialogue between the two courts continues. At least until today, there are no differing interpretations of any importance between the ECHR and the CJEU in the area of standards of the IL which regulates the expulsion of aliens.

In this direction, the EU MS must comply with the ECHR also in the framework of European migration policies, which has allowed the ECHR to exercise external judicial control on the application of the EUL at least indirectly. For example, when rejecting the *iure et de iure* presumption which all MS, per se, are safe, the ECHR has succeeded in getting the CJEU to recognize the need for the MSs to carry out an assessment of human rights in the EU MS before proceeding with the expulsion of the alien. This involves that the ECHR monitor, in some way, the fulfilment of the ECHR by the PSs when they apply the UEL.

In addition, there are areas in which the legal issues that arise in relation to the expulsion of aliens in which the accession of the EU to the ECHR is very expedient, or even necessary. For example, as regards the return operations of aliens carried out by the Agencies of the European Border and Coast Guard in the framework of cooperation in border management with their MS. The accession of the EU to the ECHR would make it possible to assess the effective respect by the Agency of the entire body of jurisprudence that the ECHR has drawn up in the area of the expulsion of aliens and, more specifically, the jurisprudence regarding compliance with the principle of no return in accordance with art. 3 of the ECHR.

TWELFTH. - In short, all this jurisprudence emanating from the ECHR and the CJEU, ultimately, and with a general nature, comes to confirm judicially the existence of a European public order in matters of protection of the rights of aliens subject to expulsion. In the context of the application, at the European regional level, of respect for human rights as a structural principle of the contemporary international order; a principle that has become one of the identifying traits of the main IIOO present in the European continent, the CoE and the EU. Although universally, the scope and content of this principle and even its own validity, present many more uncertainties. This is demonstrated in the IL area of norms that regulates the expulsion of aliens.

BIBLIOGRAFÍA

1. MONOGRAFÍAS Y OBRAS GENERALES

- ACOSTA SÁNCHEZ, M.A., *Las fronteras internacionales de España en África: Melilla, Reus*, Madrid, 2016.
- ARRIAGA, IRABURU, I., *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Eunsa, Navarra, 2003.
- BASCHERINI, G., *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Jovene, Napoli, 2007.
- BOLLO AROCENA, M.D., *Expulsión de extranjeros, derecho internacional y derecho europeo*, Aranzadi, Navarra, 2016.
- BOZA MARTÍNEZ, D., *Los extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Fundación Centro de Estudios Constitucionales 1812, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2007.
- CANÇADO TRINDADE, A. A., “International law for humankind: towards a new jus gentium (II): general course on public international law”, *Recueil des cours / Académie de droit international de La Haye / Collected courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 317, 2005, 9-312.
- CARRERA, S., *In Search of the Perfect Citizen?*, Marinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009.
- CARRILLO SALCEDO, J.A., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003.
- *Soberanía de los estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2001.
- CASADO RAIGÓN, R., *Derecho Internacional*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2014.
- CASADEVALL, J., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- CASANOVAS, O. y RODRIGO, A.J., *Compendio de Derecho Internacional Público*, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 2018.
- CHARRIER, J.L., *Code de la Convention européenne des droits de l’homme*, Litec, Paris, 2000.
- CHERUBINI, F., *L’asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell’Unione Europea*, Cacucci Editore, Bari, 2012.
- CHUECA SANCHO, A.G., *La expulsión de extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos*, Egido, Zaragoza, 1998.
- CLAYTON, G., *Textbook on Immigration and Asylum Law*, 5ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2012.
- CORNELISSE, G., *Immigration, detention and human rights. Rethinking territorial sovereignty*, Koninklijke Brill NV, Leiden, 2010.
- CORTÉS MARTÍN, J.M., *Avatares del proceso de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Reus Editorial, Madrid, 2018.
- COSTELLO, C., *The human rights of migrants and refugees in European Law*, Oxford University Press, United Kingdom, 2016.
- CRESPO NAVARRO, E., *Nuevas formas de protección del individuo en Derecho Internacional. La erosión del vínculo de la nacionalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- DE BOECK, C., “L’expulsion et les difficultés internationales qu’en soulève la pratique”, *Recueil des cours Académie de droit international de La Haye / Collected courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 18, 1927, 443-650.

- DE GUTTRY, A., CAPONE, F. y PAULUSSEN, C. (Eds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2016.
- DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18ª ed., Tecnos, Madrid, 2013.
- *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tomo I, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 1994.
- FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., *Asilo y Refugio en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2007.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., *Derecho comunitario de la inmigración*, Atelier, Barcelona, 2006.
- GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Madrid, 2010.
- GASTALDI, S., *Citoyenneté de l'Union et libre circulation: du critère économique au statut unique*, Helbing Lichtenhahn, Paris, 2013.
- GOODWIN-GILL, G.S. y MCADAM, J., *The Refugee in International Law*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2007.
- *The refugee in International Law*, OUP Oxford, 1996.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M.J., *El Derecho internacional en la encrucijada. Curso general de Derecho Internacional Público*, 4ª ed., Ed. Trotta, Madrid, 2017.
- HATHAWAY, J.C., *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, 2015.
- HESCHL, L., *Protecting the rights of refugees beyond european borders. Establishing extraterritorial legal responsibilities*, Intersentia, Cambridge, 2018.
- IPPOLITO, F. e IGLESIAS SÁNCHEZ, S. (Eds.), *Protecting Vulnerable Groups. The European Human Rights Framework*, Hart Publishing, Oxford, 2015.
- JENNINGS, R. y WATTS, A. (Eds.), *Oppenheim's International Law*, 9ª ed., Longman, London | New York, 1996.
- JIMÉNEZ PIERNAS, C. (Dir.), *Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica de España y de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2011.
- *El método del Derecho Internacional Público: una aproximación sistémica y transdisciplinar*, Madrid, 1996.
- LAMBERT, H., *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, 2007.
- LENZERINI, F., *Asilo e diritti umani. L'evoluzione del diritto di asilo nel diritto internazionale*, Giuffrè Editore, Milano, 2009.
- LIGUORI, A., *Le garanzie procedurali avverso l'espulsione degli immigrati in Europa*, 2ª ed., Editoriale Scientifica, Napoli, 2008.
- LOZANO CONTRERAS, J.F., *La noción de debida diligencia en Derecho internacional público*, Atelier, Barcelona, 2007.
- MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2016.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., *Derecho Internacional Público. Parte general*, 4ª ed., Trotta, Madrid, 2005.
- MARTÍN ARRIBAS, J.J., *Los Estados europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo*, Madrid, DyKinson, Universidad de Burgos, 2000.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L., *La política europea de protección internacional*, Aranzadi, Navarra, 2018.

- MASTROMARTINO, F., *Il diritto di asilo. Teoria e storia di un istituto giuridico controverso*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012.
- MITSILEGAS V., *The Criminalisation of Migration in Europe: Challenges for Human Rights and the Rule of Law*, Springer, London, 2015.
- MOLE, N. y MEREDITH, C., *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2010.
- McADAM, J., *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford, 2007.
- NOWAK, M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, 2ª ed., Kehl: Engel, 2005.
- PÉREZ GONZÁLEZ, C., *Migraciones irregulares y Derecho Internacional. Gestión de los flujos migratorios, devolución de extranjeros en situación administrativa irregular y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.J., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2006.
- RODRÍGUEZ MATEOS, P., JIMÉNEZ BLANCO, P. y ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE*, Aranzadi, Navarra, 2017.
- SALINAS ALCEGA, S., *El sistema europeo de protección de los derechos humanos en el siglo XXI. El proceso de reforma para asegurar su eficacia a largo plazo*, Iustel, Madrid, 2009.
- SANTOLAYA MACHETTI, P., *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- SANZ CABALLERO, S., *La familia en perspectiva internacional y europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- SCHABAS, W.A., *The European Convention on Human Rights. A commentary*, Oxford University Press, United Kingdom, 2015.
- SINGER, S., *Terrorism and Exclusion from Refugee Status in the UK. Asylum Seekers Suspected of Serious Criminality*, Brill Nijhoff, Leiden, 2015.
- SMYTH, C., *European Asylum Law and the Rights of the Child*, Routledge research in asylum, migration and refugee law, London | New York, 2014.
- SOCA TORRES, I., *La cuestión prejudicial europea. Planteamiento y competencia del Tribunal de Justicia*, Bosch Editor, Barcelona, 2016.
- SØRENSEN, M. (Ed.), *Manual of public international law*, Macmillan, London| St. Martin's Press, New York, 1968.
- SUDRE, F., (Dir), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 8ª ed., Presses Universitaires de France, Paris, 2017.
- *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9ª ed, Presses Universitaires de France, Paris, 2008.
- THWAITER, R., *The Liberty of Non-Citizens: Indefinite Detention in Commonwealth Countries*, Hart Publishing, Oxford | Portland | Oregon, 2014.
- TORRES CAZORLA, M.I., *Los actos unilaterales de los Estados*, Tecnos, Madrid, 2010.
- URÍA GAVILÁN, E., *La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Bosch Editor, Barcelona, 2018.
- VV.AA., *INTERIGHTS Manual for Lawyers – Prohibition of Torture, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment under the ECHR (Article 3)*, Interights, London, 2009.
- VAN DIJK, P. y VAN HOOFF, G.J.H., *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 3ª ed., Kluwer Law International, The Hague, 1998.

2. ARTÍCULOS Y COLABORACIONES EN OBRAS COLECTIVAS

- ABARCA JUNCO, A.P. y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., “El estatuto de ciudadano de la Unión y su posible incidencia en el ámbito de aplicación del Derecho Comunitario (Stjue Ruiz Zambrano)”, *REEI*, n. 23, 2012, 1-23.
- ABRISKETA URIARTE, J., “La Dimensión Externa del Derecho de la Unión Europea en Materia de Refugio y Asilo: un Examen desde la Perspectiva del *Non-Refoulement*”, *RDCE*, n. 56, 2017, 119-158.
- ACOSTA ARCARAZO, D., “The Charter, detention and possible regularization of migrants in an irregular situation under the Returns Directive: *Mahdi*”, *Common Market Review*, vol. 52, issue 5, 2015, 1361-1378.
- “The good, the bad and the ugly in EU migration law: is the European Parliament becoming bad and ugly? (the adoption of Directive 2008/15: the returns directive)”, *EJML*, vol. 11, issue 1, 2009, 19-39.
- ACOSTA SÁNCHEZ, M.A. y REMI NJIKI, R., “TJCE — Sentencia de 17.02.2003, Elgafaji c. Staatssecretaris Van Justitie — C-465/07-Política europea de asilo y refugio — Artículo 3 CEDH-Protección subsidiaria-Amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado-Prueba”, *RDCE*, n. 35, 2010, 239-255.
- ADINOLFI, A., “Riconoscimento dello *status* di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo?”, *RDI*, vol. 92, n.3, 2009, 669-696.
- AGUELO NAVARRO, P., “A vueltas con la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015. «El sistema sancionador español de extranjería»”, *RDME*, n. 39, 2015, 101-152.
- ALEINIKOFF, T.A., “Las características protegidas y las percepciones sociales: un análisis del significado de «pertenencia a un determinado grupo social»”, en FELLER E., TÜRK, V. y NICHOLSON, F. (Eds.), *Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas globales de ACNUR sobre Protección Internacional*, Icaria Editorial, Barcelona, 2010, 289- 346.
- ALLAIN, J., “The Jus-Cogens Nature of *Non Refoulement*”, *IJRL*, vol. 13, n. 4, october 2001, 533-558.
- ANDERSON, A., “Comment on Paposhvili v Belgium and the Temporal Scope of Risk Assessment”, *EJIL: Talk*, 21 de febrero de 2017. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/comment-on-paposhvili-v-belgium-and-the-temporal-scope-of-risk-assessment/>
- ARANGÜENA FANEGO, C., “Garantías procesales en la Directiva de retorno”, *REE*, n. 50, 2008, 73-91.
- ARENAS HIDALGO, N., “El acuerdo europeo de readmisión de inmigrantes en situación irregular con Pakistán. Punto de inflexión o huida hacia adelante”, *RGDE*, n. 24, 2011.
- “El derecho de asilo en el marco de la política comunitaria de contención de flujos migratorios. Tendencias”, *REE*, n. 50, 2008, 125-146.
- ARRESE IRIONDO, M.N., “Artículo 13. Derecho a un recurso efectivo”, en LASAGABASTER HERRARTE, I. (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, 3ª edición, Aranzadi, Navarra, 2015, 717-757.
- “La problemática jurídica de las situaciones irregulares: la expulsión como sanción a la situación irregular”, *RDME*, n. 25, 2010, 73-98.
- ARZOZ SANTISTEBAN, X., “Derecho al respeto de la vida privada y familiar”, en LASAGABASTER HERRARTE, I. (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, 3ª ed., Civitas, Navarra, 2015, 338-438.

- BARTOLONI, M.E., “La direttiva rimpantri, il reingresso irregolare e la pena detentiva: una triangolazione dagli esiti...molto incerti”, *DUDI*, vol. 10, n. 1, 2016, 264-270.
- BASILIEN-GAINCHE, M.-L., “Immigration Detention under the Return Directive: The CJEU Shadowed Lights”, *EJML*, vol. 17, issue 1, 2015, 104-12.
- BESSON, S., “The extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why human rights depend on jurisdiction and what jurisdiction amounts to”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 25, issue 4, 2012, 857-884.
- BIGO, D., “Death in the Mediterranean Sea. The results of the three fields of action of European Union Border Controls”, en JANSEN, Y., CELIKATES, R., DE BLOOIS, J., *The irregularization of migration in contemporary Europe. Detention, deportation, drowning*, Rowman & Littlefield International, New York, 2015, 55-70.
- BLAZQUEZ RODRIGUEZ, I., “Expulsión versus multa: ¿El derecho de la Unión faculta a los Estados Miembros su libre elección en relación a los nacionales de tercer país en situación irregular? A propósito de la STJCE de 22 de octubre de 2009, asuntos acumulados C-261/08 y C-348/08, Zurita García y Choque Cabrera”, *RGDE*, 21, 2010, 1-21.
- BOLLO AROCENA, M.D., “Sentencia del TJ (Sala Cuarta), de 7 de noviembre de 2013 (asuntos acumulados C-199/12 a C-201/12): ¿auténtico paso hacia la protección de los homosexuales que huyen de países en los que se criminalizan las relaciones consensuadas entre personas adultas del mismo sexo?”, *Unión Europea Aranzadi*, n. 1, 2014, 43-48.
- “Push Back, expulsiones colectivas y non refoulement. Algunas reflexiones a propósito de la sentencia dictada por la Gran Sala del TEDH en el caso Hirsi Jamaa y otros c. Italia (2012)”, en TORRES BERNÁRDEZ, S. (Coord.), *El Derecho Internacional en el mundo multipolar del siglo XXI, Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, S.L. IPROLEX, Madrid, 2013, 647-665.
- BORELLI, S., “Casting light on the legal black hole: International law and detentions abroad in the «war on terror»”, *International Review of the Red Cross*, vol. 87, n. 857, 2005, 39-68.
- BOU FRANCH, V., “La Unión Europea y los derechos fundamentales: desafíos actuales”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n. 24, 2014, 15-50.
- y REIG FABADO, I., “La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular”, *RGDE*, n. 19, 2009, 1-46.
- “Reflexiones sobre la pena de muerte en el asunto Öcalan c. Turquía”, *REEI*, n. 8, 2004, 1-6.
- “El Protocolo número 13 al CEDH: primer tratado internacional que abole la pena de muerte en todas las circunstancias”, *REDI*, vol. 54, n. 2, 2002, 1012-1018.
- BOZA MARTÍNEZ, D., “El derecho a la vida familiar como límite a las expulsiones de extranjeros condenados por sentencia firme. Breve análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en VV.AA., *Las fronteras de la ciudadanía en España y en la Unión Europea*, Documenta Universitaria, Girona, 2006, 211-222.
- CARDWELL, P.J., “Determining refugee status under Directive 2004/83: Comment on Bolbol (C-31/09)”, *ELR*, n. 1, 2011, 135-145.
- CARLIER, J.-Y., “L’expulsion collective d’étrangers”, en LAMBERT, P. y PETTITI, C. (Eds.), *Les mesures relatives aux étrangers à l’épreuve de la Convention européenne des droits de l’homme*, Éditions Bruylant, Brussels, 2003, 111-139.

- CARRERA HERNÁNDEZ, F.J. y QUINDIMIL LÓPEZ, J.A. (Coords.), “Jurisprudencia española en materia de Derecho internacional público - Comentarios de sentencias – Revocación del estatuto de refugiado por motivos de seguridad nacional”, *REDI*, vol. 66, n. 2, 2014, 2001-2005.
- CARRILLO SALCEDO, J.A., “Reflexiones en torno a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Hirsi Jamaa y otros contra Italia (sentencia de 23 de febrero de 2012)”, en TORRES BERNÁRDEZ, S. (Coord.), *El Derecho Internacional en el mundo multipolar del siglo XXI, Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, S.L. IPROLEX, Madrid, 2013, 687- 694.
- “Influencia de los derechos humanos en la evolución del derecho internacional: hacia una relectura de la función de los Estados en el orden internacional contemporáneo”, en DRNAS DE CLÉMENT, Z. (Coord.), *Estudios de derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, vol. 1, Drnas-Lerner, Argentina, 2002, 729-734.
- CASTANEDO GARCÍA, M.E., “Examen de la jurisprudencia existente relativa a los artículos 57 y 58 de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero y su desarrollo reglamentario, y las sentencias de distintos tribunales superiores de justicia sobre la materia”, *RDME*, n. 36, 2014, 271-279.
- CEBADA ROMERO, A., “Los límites a la competencia penal de los Estados en relación con la inmigración irregular. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 6 de diciembre de 2011, en el asunto Alexandre Achughbabian”, *RGDE*, n. 28, 2012, 1-16.
- CERIANI CERNADAS, P., “Control migratorio europeo en territorio africano: la omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, año 6, n. 10, 2009, 189-216.
- “La Directiva de retorno de la Unión Europea: apuntes críticos desde una perspectiva de derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile*, n. 5, 2009, 85-94.
- CHETAIL, V., “Le Droit des Réfugiés à l'Epreuve Des Droits de l'Homme: Bilan de la Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme sur l'Interdiction du Renvoi des Étrangers Menacés de Torture et de Traitements Inhumains ou Déggradants”, *Revue Belge de Droit International*, vol. 37, n. 1, 2004, 155-210.
- CHIGARA, B., “On the Jurisprudential Significance of the Emergent State Practice Concerning Foreign Nationals Merely Suspected of Involvement with Terrorist Offences”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 16, n. 3, 2009, 315-340.
- CHUECA SANCHO, A.G., “Un derecho migratorio europeo cada día más incompatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en CHUECA SANCHO, A.G. (Dir.), *Derechos humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea*, Lex Nova, Valladolid, 2010, 135-157.
- “El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros”, *RDME*, n. 1, 2002, 9-36.
- CLARO QUINTÁNS, I., “Los Tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo como actores en la protección de los refugiados”, en SALINAS DE FRÍAS A.M. y MARTÍNEZ PÉREZ, E.J. (Dir.), *La Unión Europea y la protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, 2011, 457-466.
- CLAYTON, G., “Asylum Seekers in Europe: M.S.S. v Belgium and Greece”, *Human Rights Law Review*, vol. 11, n. 4, 2011, 758-773.

- CONDE PÉREZ, E., “TEDH — Sentencia de 28.02.2008, Saadi c. Italia, 37201/06 — Artículo 3 CEDH — Prohibición de Torturas y Penas o Tratos Inhumano o Degradantes — Terrorismo v. Tortura”, *RDCE*, n. 32, 2009, 275-290.
- CORNELISSE G., “Case C-357/09 PPU, proceedings concerning Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov), Judgement of the European Court of Justice (Grant Chambre) of 30 November 2009”, *Common Market Law Review*, vol. 48, issue 3, 2011, 925-945.
- CORTÁZAR ROTAECHE, C.J., “La dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. El SECA y la externalización del control de frontera en la UE: el peculiar problema de los espacios marinos”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.), *La Dimensión Exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, 2012, 217 a 234.
- “El respeto a las libertades fundamentales (IV): el derecho de asilo y la protección en caso de devolución, expulsión y extradición («No hay camino, se hace camino al andar»”, en BENEYTO PÉREZ, J.M. (Dir.), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea. Tomo II. Derechos Fundamentales*, Aranzadi, Navarra, 2009, 609-638.
- “El derecho de asilo en la Constitución de 1978”, en BALADO RUIZ-GALLEGOS, M. y GARCÍA REGUEIRO, J.A. (Coords.), *La Constitución española de 1978 en su XXV aniversario*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2003, 959-968.
- CORTÉS MARTÍN, J.M., “TJCE — Sentencia de 27.06.2006, Parlamento Europeo/Consejo, C-540/03 — Restricciones al reagrupamiento familiar de nacionales de terceros países versus respeto de los derechos fundamentales”, *RDCE*, n. 26, 2007, 219-237.
- CRESPO NAVARRO, E., “La jurisprudencia del TJCE en materia de ciudadanía de la Unión: una interpretación generosa basada en la remisión al Derecho nacional y el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad”, *RDCE*, n. 28, 2007, 883-912.
- “La Directiva 2003/109/CE del Consejo relativa al estatuto de los nacionales de terceros estados residentes de larga duración y la normativa española en la materia”, *RDCE*, n. 18, 2004, 531-552.
- CUQ. E., “S J. v Belgium and the inexplicably high threshold of article 3 engaged in deportations of terminally-ill applicants”, *Cyprus Human Rights Law Review*, vol. 3, n. 1, 2014, 82-89.
- DAUNIS, RODRÍGUEZ, A., “Las cárceles de los excluidos y marginados. Situación de los centros de internamiento de extranjeros tras la aprobación de su Reglamento”, *RDME*, n. 40, 2015, 33-61.
- DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C., “El régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea y en los Estados Miembros”, en CABEDO MALLOL, V. (Coord.), *Los menores extranjeros no acompañados. En la norma y en la realidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, 81-139.
- DE BRUYCKER, P. y MANANASHVILI, S., “Audi alteram partem in immigration detention procedures, between the ECJ, the ECtHR and Member States: G & R”, *Common Market Law Review*, vol. 52, n. 2, 2015, 569-590.
- DE BRUYCKER, P. (Ed.), *Alternatives to immigration and asylum detention in the EU. Time for implementation*, Odysseus Network, enero de 2015. Disponible en: <http://odysseus-network.eu/wp-content/uploads/2015/02/FINAL-REPORT-Alternatives-to-detention-in-the-EU.pdf>
- DE CASTRO SÁNCHEZ, C., “Unión Europea: ¿amante de los derechos humanos? El difícil equilibrio entre seguridad y derecho de asilo en perspectiva europea”, en

- ALCAIDE FERNÁNDEZ, J. y PETIT DE GABRIEL, E.W. (Eds.), *España y la Unión Europea en el orden internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 1141-1151.
- “TEDH - Sentencia de 23.02.2012 (Gran Sala), Hirsi Jamaa E.A. c. Italia, 27765/09 – «Artículo 3 y 13 del CEDH; artículo 4 del Protocolo n.º 4 – Tortura y tratos inhumanos y degradantes – Derecho a un recurso efectivo – Prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros». El CEDH como límite de las políticas migratorias europeas”, *RDCE*, n. 46, 2013, 1119-1135.
- DE COMINGES CÁCERES, F., “Los efectos de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015 (Zaizoune) en el régimen administrativo sancionador de las situaciones de residencia irregular”, *RDME*, n. 43, 2016, 45-82.
- DEL VALLE GÁLVEZ, A., “Los refugiados, las fronteras exteriores y la evolución del concepto de frontera internacional”, *RDCE*, n. 55, 2016, 759- 777.
- “Las zonas internacionales o zonas de tránsito de los aeropuertos, ficción liminar fronteriza”, *REEI*, n. 9, 2005, 1-18.
- DE WET, E., “The prohibition of torture as an International Norm of Jus Cogens and its Implications for National and Customary Law”, *European Journal of International Law*, vol. 15, n. 1, 2004, 97-121.
- DI FILIPPO, M., “L’allontanamento dello straniero nella normativa dell’Unione europea” en CALAMIA, A.M., DI FILIPPO, M. y GESTRI, M. (Eds.), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Cedam, Padova, 2012, 429-469.
- DÍAZ CREGO, M., “Derecho de extranjería y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2011-2012)”, en AJA, E., ARANGO, J. y OLIVER, J. (Dirs.), *Inmigración y crisis: entre la continuidad y el cambio. Anuario de la Inmigración en España 2012 (edición 2013)*, CIDOB. Centro de Información y Documentación de Barcelona, 2013, 256-299.
- “El asunto M.S.S. c. Bélgica y Grecia, de 21 de enero de 2011: ¿hacia un replanteamiento del sistema de Dublín tras la condena del TEDH?”, *REDE*, n. 40, 2011, 523-552.
- DI COMITE, V., “Derecho de residencia de los progenitores nacionales de terceros Estados e interés superior del niño «europeo». Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 10 de mayo de 2017 en el asunto Chávez-Vílchez”, *RDCE*, n. 58, 2017, 1041-1058.
- DI PASCALE, A. y NASCIMBENE, B., “La sentencia del Tribunal de Justicia *El Dridi* y la inmigración irregular: problemas y perspectivas del Derecho de la Unión Europea y el Derecho italiano”, *REDE*, n. 42, 2012, 107-128.
- DONAIRE VILLA, F.J., “El acervo de Schengen como instrumento y escenario de coordinación en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, en DONAIRE VILLA, F.J. y OLESTI RAYO, A. (Coords.), *Técnicas y ámbitos de coordinación en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2015, 107-140.
- “Detención e internamiento de extranjeros a efectos de expulsión. Régimen de los centros de internamiento de extranjeros”, en BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F.J. y MOYA MALAPIEDRA, D. (Coords.), *La Nueva Regulación de la Inmigración y la Extranjería en España. Régimen Jurídico tras la LO 2/2009, El Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, 508-520.
- DURÁN ALBA, J.F., “La interdicción de las expulsiones colectivas de extranjeros”, en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA MACHETTI, P. (Coords.), *La Europa de los*

- Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, 777-782.
- “Las garantías frente a la expulsión de extranjeros”, en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA MACHETTI, P. (Coords.), *La Europa de los Derechos*, 1ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, 891-894.
- EL-ENANY, N., “Who is the new European refugee”, *ELR*, n. 3, 2008, 313-335.
- ESTEVE GARCÍA, F., “El control judicial de las agencias en el espacio de libertad, seguridad y justicia”, en BLASI CASAGRAN, C. e ILLAMOLA DAUSÀ, M. (Coords.), *El control de las agencias del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2016, 81-104.
- FAJARDO DEL CASTILLO, T., “La Directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular”, *RDCE*, n. 33, 2009, 453-499.
- FALEH PÉREZ, C., “El encierro de extranjeros en España: crítica y alternativas a los CIE desde el sistema universal de protección de los derechos humanos”, *Revista Electrónica Iberoamericana*, vol. 7, n. 2, 2013, 99-117.
- FALLADA GARCÍA-VALLE, J.R., “Algunos límites a los derechos de los inmigrantes detención y expulsión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n. 20, 2010, 43-66.
- FAVILLI, C., “La protezione internazionale nell’ordinamento dell’Unione Europea”, en FAVILLI, C. (Ed.), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Giappichelli, Torino, 2011, 121-145.
- FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., “La concesión del estatuto de refugiado debido al riesgo de ser perseguido por motivos religiosos. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de septiembre de 2012, en el asunto Y y Z”, *RGDE*, vol. 31, 2013, 1-20.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., “La expulsión colectiva de extranjeros en Derecho Internacional”, en VV.AA., *El Derecho Internacional: normas, hechos y valores. Liberamicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Universidad Complutense, Madrid, 2005, 135-153.
- FERRER LLORET, J., “La ejecución de las sentencias del TEDH relativas a la Federación de Rusia y a Turquía: ¿han fracasado las reformas del Protocolo 14?”, *RDCE*, n. 61, 2018, 853-898.
- “La inmunidad de jurisdicción del Estado ante el TEDH: la alargada sombra del Derecho internacional consuetudinario”, *REEI*, n. 34, 2017, 1-56.
- “La Unión Europea ante el conflicto sirio (2014-2016): ¿Una potencia normativa?”, en MARTÍNEZ CAPDEVILA, C. y MARTÍNEZ PÉREZ, E.J. (Dirs.), *Retos para la acción exterior de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 21-47.
- FLAUSS, J.F., “Les droits de l’homme et la Convention de Genève du 28 juillet 1951 au statut des réfugiés”, en CHETAİL, V. y FLAUSS, J.-F. (Eds.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés: 50 ans après – bilan et perspectives*, Publication de l’Institut International pour les Droits de l’Homme et du Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés, Bruylant, Brussels, 2001, 91-131.
- FONSECA MORILLO, F.J., “El derecho de asilo en tanto derecho fundamental en el marco del derecho comunitario”, *REE*, n. 50, 2008, 9-24.
- FORNARI, M., “Garantías diplomáticas y lucha contra el terrorismo internacional”, *AEDI*, n. 23, 2007, 389-406.
- FRATEA, C., “La protección de los migrantes internacionales a la luz de los más recientes desarrollos de la directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar”, en ALCAIDE FERNÁNDEZ, J. y PETIT DE GABRIEL, E.W. (Coords.), *España y la Unión*

- Europea en el orden internacional. XXVI Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales, Universidad de Sevilla, 15 y 16 de octubre de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 1153-1164.
- GALLO, D., “CJUE, 28 avril 2011, El Dridi, alias Soufi Karim, aff. C-61/11 PPU. La voie italienne à la criminalisation des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière partiellement remise en cause”, *Revue des Affaires Europeennes*, n. 2, 2011, 433-442.
- GAMARRA CHOPO, Y., “El derecho de la Unión Europea y los no nacionales: inmigración irregular, seguridad y derechos humanos en el Mediterráneo”, en GRASA HERNÁNDEZ, R., BLANC ALTERMIR, A. y DIAGO DIAGO, P. (Dirs.), *La aplicación de la mediación en la resolución de los conflictos en el Mediterráneo (Iniciativa para la Mediación en el Mediterráneo)*”, AEPDIRI, Ministerio De Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2016, 151-168.
- GARCÍA ANDRADE, P., “Jurisprudencia española en materia de Derecho internacional público — Comentarios de sentencias — La expulsión de progenitores extranjeros de menores de nacionalidad española: libertad de circulación y residencia y protección de la vida familiar: Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) 186/2013, de 4 de noviembre”, *REDI*, vol. 66, n. 1, 2014, 201-207.
- “La responsabilidad de examinar una solicitud de asilo en la UE y el respeto de los Derechos fundamentales: comentario a la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2011 en los asuntos N.S. y M.E. y otros”, *RGDE*, n. 27, 2012, 1-34.
- GARCÍA ROCA, J. y DÍAZ CREGO, M., “Derecho de extranjería y jurisprudencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en AJA, E., ARANGO J. y ALONSO, J.O. (Dirs.), *La inmigración en la encrucijada. Anuario de la inmigración en España 2007 (edición 2008)*, CIDOB, 2009, 223-243. Disponible en: http://www.cidob.org/es/publicaciones/serie_de_publicacion/anuario_de_la_inmigracion_en_espana/la_inmigracion_en_la_encrucijada_anuario_de_la_inmigracion_en_espana_2007_edicion_2008
- GARCIANDÍA GARMENDIA, R., “Los centros de internamiento de extranjeros en España a examen”, *AEDI*, vol. 27, 2011, 467-492.
- GILBERT, G., “Temas de actualidad en la aplicación de las cláusulas de exclusión”, en FELLER E., TÜRK, V. y NICHOLSON, F. (Eds.), *Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas globales de ACNUR sobre Protección Internacional*, Icaria Editorial, Barcelona, 2010, 467-537.
- GIUFFRÉ, M., “Deportation with assurances and human rights. The case of persons suspected or convicted of serious crimes”, *Journal of International Criminal Justice*, n. 15, 2017, 75-95.
- “An Appraisal of Diplomatic Assurances One Year after Othman (Abu Qatada) v United Kingdom (2012)”, *International Human Rights Law Review*, vol. 2, n. 2, 2013, 266-293.
- GOLDENZIEL, J.I., “Checking rights at the border: migrant detention in international and comparative law”, *Virginia Journal of International Law*, June 19, 2018, 1-61.
- GONZÁLEZ GARCÍA, I., “Rechazo en las fronteras exteriores europeas con Marruecos: inmigración y derechos humanos en las vallas de Ceuta y Melilla, 2005-2017”, *RGDE*, n. 43, 2017, 17-53.
- GONZÁLEZ SAQUERO, P., “La regulación de la expulsión administrativa por estancia irregular en España, incompatible con la Directiva «Retorno» (Sentencia del Tribunal

- de Justicia, asunto C-38/14, *Zaizoune*)”, *REDE*, n. 55, julio-septiembre de 2015, 133-158.
- “El internamiento de extranjeros y sus límites. Sentencia del TJUE as. Kadzoev (2009)”, en GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. y ALONSO GARCIA, R. (Coords.), *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas, Navarra, 2012, 3305-3326.
- GONZÁLEZ VEGA, J.A., “En torno a los otros europeos: Derecho Internacional y Derecho Europeo ante la inmigración”, en HIDALGO TUÑÓN, A. y GARCÍA FERNÁNDEZ, R. (Coords.), *Ética, pluralismo y flujos migratorios en la Europa de los 25*, Eikasía S.L., Oviedo, 2005, 103-150.
- GREGOR, N., “International protection obligations and the definition of subsidiary protection in the EU Qualification Directive”, en DIAS URBANO DE SOUSA, C. y DE BRUYCKER, P. (Dirs.), *The Emergence of a European Asylum Policy*, Bruylant, Brussels, 2004, 183-194.
- GUILD, E., “Jurisprudence of the European Court of the of Human Rights: lessons for the EU asylum policy”, en DIAS URBANO DE SOUSA, C., DE BRUYCKER, Ph. (Dirs.), *L'émergence d'une politique européenne d'asile*, Bruylant, Bruselas, 2004, 329-342.
- HAKIKI, H., “Summary land border expulsions in front of the ECtHR: ND and NT v Spain”, *European Database of Asylum Law*, october 25, 2017. Disponible en: <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/journal/summary-land-border-expulsions-front-ecthr-nd-and-nt-v-spain>
- HATHAWAY, J.C. y HARVEY, C.J., “Framing Refugee Protection in the New World Disorder”, *Cornell International Law Journal*, vol. 34, n. 2, 2001, 257-320.
- HATZIS, N., “Detention of irregular migrants and the European Public Order”, *ELR*, vol. 2, 2013, 259-276.
- HYNDMAN, J. y MOUNTZ, A., “Another Brick in the Wall? Neo-Refoulement and the Externalization of Asylum by Australia and Europe”, *Government and Opposition. An International Journal of Comparative Politics*, vol. 43, n. 2, 2008, 249-269.
- IGLESIAS SÁNCHEZ, S., “El asunto Ruiz Zambrano: una nueva aproximación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la ciudadanía de la Unión”, *RGDE*, n. 24, 2011, 1-22.
- IZUMO, A., “Diplomatic assurances against torture and ill treatment: European Court of Human Rights jurisprudence”, *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 42, n. 1, 2010, 233-277.
- JANSEN, S. y SPIJKERBOER, T., “Fleeing Homophobia, Asylum Claims Related to Sexual Orientation and Gender Identity in Europe”, *Vrije Universiteit Amsterdam (VU University Amsterdam)*, September 2011. Disponible en: <http://www.refworld.org/docid/4ebba7852.html>
- JEAN-YVES, C., “L'accès au territoire et la détention de l'étranger demandeur d'asile, Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre), Saadi c. Royaume-Uni, 29 janvier 2008”, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 79, 2009, 795- 810.
- JOHNSTON, J.G., “The Risk of Torture as a Basis for Refusing Extradition and the Use of Diplomatic Assurances to Protect against Torture after 9/1”, *International Criminal Law Review*, vol.11, n. 1, 2011,1-48.
- JONES, K., “Deportations with Assurances: Addressing Key Criticisms”, *ICLQ*, vol. 57, n. 1, 2008, 183-194.
- KAHALE CARRILLO, D.T., “Las diferencias entre la concesión del derecho de asilo y la autorización de permanencia por razones humanitarias”, *RDME*, n. 32, 2013, 303-332.

- KLAUSSER, N., “Malades étrangers: la CEDH se réconcilie (presque) avec elle-même et l’Humanité”, *La Revue des droits de l’homme*, 2 de febrero de 2017. Disponible en: <http://revdh.revues.org/2965>
- “Rejet expéditif par la CEDH de la requête d’un étranger malade en voie d’expulsion: Une Convention à deux vitesses?”, *La Revue des droits de l’homme*, febrero de 2016. Disponible en: <http://revdh.revues.org/1788>
- y MARGUENAUD, J.-P., “L’eloignement des étrangers malades du sida: la Cour européenne des droits de l’homme sur ‘les sentiers de la gloire’”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, n. 2014/100, 977-989.
- LABAYLE, H., “Droit d’asile et confiance mutuelle: regard critique sur la jurisprudence européenne”, *Cahiers de Droit Europeen*, n. 3, 2014, 501-534.
- y DE BRUYCKER, P., “L’impact de la jurisprudence de la CEDH et de la CEDH en matière d’asile et d’immigration”, *Parlement Européen, Direction générale des politiques internes, Département thématique, Droits des citoyens et affaires constitutionnelles*, 2012. Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2012/462438/IPOL-LIBE_ET\(2012\)462438_FR.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2012/462438/IPOL-LIBE_ET(2012)462438_FR.pdf)
- LANCHA MUÑOZ, M., “La Directiva de retorno a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *RDME*, n. 35, 2014, 211-228.
- LASAGABASTER HERRARTE, I., “Artículo 4. Prohibición de las expulsiones colectivas”, en LASAGABASTER HERRARTE, I. (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, Navarra, 2015, 971-977.
- LAUTERPACHT, E. y BETHLEHEM, D., “El alcance y contenido del principio de no devolución: opinión”, en FELLER E., TÜRK, V. y NICHOLSON, F. (Eds.), *Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas globales de ACNUR sobre Protección Internacional*, Icaria Editorial, Barcelona, 2010, 97- 201.
- LENAERTS, K., “The concept of EU citizenship in the case law of the European Court of Justice”, *ERA Forum*, vol. 13, issue, 4, 2012, 569-583.
- y GUTIÉRREZ FONS, J.A., “Ruiz-Zambrano (C-34/09) o de la emancipación de la Ciudadanía de la Unión de los límites inherentes a la libre circulación”, *REDE*, n. 40, 2011, 493-521.
- “The contribution of the European Court of Justice to the area of freedom, security and justice”, *ICLQ*, vol. 59, n. 2, 2010, 255-301.
- LENZERINI, F., “Il Principio del Non-Refoulement Dopo la Sentenza *Hirsi* della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo”, *RDI*, vol. 95, n. 3, 2012, 721-761.
- “Diritto d’asilo e esclusione dello status di rifugiato. Luci e ombre nell’approccio della corte di giustizia dell’Unione Europea”, *RDI*, vol. 94, n. 1, 2011, 103-135.
- LETSAS, G., “International human rights and the binding force of interim measures”, *European Human Rights Law Review*, vol. 5, 2003, 527-538.
- LIGUORI, A. y RICCIUTI, N., “FRONTEX ed il rispetto dei diritti umani nelle operazioni congiunte alle frontiere esterne nell’Unione europea”, *DUDI*, n. 6, 2012, 539- 567.
- LOCHAK, D., “Protocole n. 7. Article 1”, en PETTITI, L.E., DECAUX, E. e IMBERT, P.H. (Dirs.), *La convention européenne des droits de l’homme. Commentaire article par article*, 2ª ed., Economica, Paris, 1999, 1083-1085.
- “Article 4” en PETTITI, L.E., DECAUX, E. e IMBERT, P.H. (Dirs.), *La Convention Européenne des Droits De l’Homme. Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1995, 1057-1059.
- LÓPEZ ULLA, J.M., “La necesidad de un protocolo común en Europa sobre la detención de menores extranjeros no acompañados”, *RDCE*, n. 46, 2013, 1061-1090.

- LORI, E., “Art. 3, Divieto di espulsione dei cittadini. Art. 4, Divieto di espulsione collettive di stranieri”, en DEFILIPPI, C., BOSI, D. y HARVEY, R., *La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà Fondamentali. Commentata ed annotata*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, 715-728.
- LÜLF, C., “Non-refoulement in international refugee law, human rights law and asylum laws”, en HEINTZE, H.-J. y THIELBÖRGUER, P. (Eds.), *From cold war to cyber war. The evolution of the International Law of peace and armed conflict over the last 25 years*, Springer, Switzerland, 2016, 167-186.
- LUTZ, F., “L’arrêt Kadzoev: un premier test pour la directive Retour”, *Revue du Droit de l’Union Européenne*, 2010, n. 22, 331-345.
- MAGI, L., “Protezione dei Richiedenti asilo "Par Ricochet" o rotezione "Par Moitié"? La Grande Camera Ripartisce fra Gli Stati Contraenti le Eesponsabilità per Violazione della Convenzione Europea Conseguenti al Trasferimento di un Richiedente Asilo in Attuazione del Regolamento «Dublino II»”, *RDI*, vol. 94, n. 3, 2011, 824-832.
- MAIANI, F., “L’arrêt M.S.S./Grèce et Belgique — De la détermination de l’Etat responsable selon Dublin à la responsabilité des Etats membres en matière de protection des droits fondamentaux (2011)”, *Revue du droit des étrangers*, n. 162, 2011, 3-19.
- MALINVERNI, G., “I limiti all’espulsione secondo la Convenzione europea dei diritti dell’uomo”, en SALERNO, F. (Ed.), *Diritti dell’uomo, estradizione ed espulsione. Atti del Convegno di studio organizzato dall’Univ. di Ferrara per salutare Giovanni Battaglini (29-30 ottobre 1999)*, Cedam, Padova, 2003, 165-182.
- MANGAS MARTÍN, A., “Algunos desarrollos jurisprudenciales sobre asilo e inmigración irregular en la Unión Europea”, en CARDONA LLORENS, J., *et al.*, *Estudios de derecho internacional y derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González (tomo II)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, 1629-1644.
- MARINAI, S., “The interception and rescue at the sea of asylum seekers in the light of the new EU legal framework”, *RDCE*, n. 55, 2016, 901-939.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., “Derechos fundamentales absolutamente inderogables”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., GÓMEZ GALÁN, M. y DE FARAMIÑÁN GILBERT, J.M. (Coords.), *Los derechos humanos en la sociedad global: mecanismos y vías prácticas para su defensa*, Cideal. Centro de Investigación Europa-España-América Latina, Madrid, 2011, 15-53.
- “La Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados”, en BALADO RUIZ-GALLEGOS, M. (Coord.), *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Editorial Bosch, Barcelona, 2008, 711-730.
- “El asilo y sus modalidades en Derecho Internacional”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto Nacional de Servicios Social, Madrid, 1996, 505-527.
- MARTÍN ARRIBAS, J.J. y SUÁREZ MALAXECHEVARRÍA, A., “El derecho de asilo y la protección subsidiaria: reflexiones sobre las aportaciones de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo de España”, *RDME*, n. 43, 2016, 21-44.
- “Reflexiones sobre los derechos de los inmigrantes en situación irregular según el Derecho de la Unión Europea”, *RDME*, n. 32, 2013, 11-53.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Centros de Internamiento para extranjeros. Estado de la cuestión y perspectivas de futuro”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 19-23, 2014, 1-38.
- MARX, R., “The Criteria of Applying the «Internal Flight Alternative» Test in National Refugee Status Determination Procedures”, *IJRL*, vol. 14, n. 2/3, 2002, 179-218.

- MARZADURI, L. y CORDI, L., “Il ruolo della sanzione penale e delle misure restrittive della libertà personale nella prospettiva del rispetto dei provvedimenti di espulsione”, en CALAMIA, A.M., DI FILIPPO, M. y GESTRI M. (Eds.), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, CEDAM, Padova, 2012, 471-490.
- McADAM, J., “The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime”, *IJRL*, vol. 17, n. 3, 2005, 461-516.
- MIGUEL JUAN, C., “El Convenio europeo de derechos humanos y la protección de los refugiados”, en CHUECA SANCHO, A.G., *Derechos humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea*, Lex Nova, Valladolid, 2010, 171-186.
- MJÖLL ARNARDÓTTIR, O., “Res Interpretata, erga omnes effect and the role of the margin of appreciation in giving domestic effect to the judgments of the european court of Human Rights”, *European Journal of International Law*, vol. 28 n. 3, 2017, 819-843.
- MORENO-LAX, V., “Hirsi Jamaa and Others v. Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?”, *Human Rights Law Review*, vol. 12, issue 3, 1 september 2012, 574-598.
- MORGADES GIL, S., “La aplicación extraterritorial del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales: el concepto de jurisdicción en perspectiva cosmopolita”, en GARCÍA SEGURA, C. (Dir.), *La tensión cosmopolita. Avances y límites en la institucionalización del cosmopolitismo*, Tecnos, Madrid, 2016, 149-192.
- “TEDH — Sentencia de 21.01.2011 (Gran Sala), M.S.S. c. Bélgica y Grecia, 30696/09 - «Artículos 3 y 13 CEDH — Prohibición de tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes — Reglamento (CE) N° 343/2003 de determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo (Dublín II)». El funcionamiento efectivo de la política europea de asilo ante la garantía del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes del CEDH”, *RDCE*, n. 41, 2012, 183-204.
- “La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *RDCE*, n. 37, 2010, 801-842.
- MUNGIANU, R., *Frontex and Non-Refoulement. The International Responsibility of the EU*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.
- MURPHY, C., “Politique étrangère et de sécurité commune (arrêt «El Dridi»)”, *Revue du Droit de l'Union Européenne*, n. 3, 2011, 467-471.
- NOLL, G., “Article 31”, en ZIMMERMANN, A. (Dir.), *The 1951 Refugee Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011, 1243-1276.
- OLMOS GIUPPONI, M.B., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de mayo de 2005. Asunto Öcalan c. Turquía”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n. 5, 2005, 145-176.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D., “La crisis de los refugiados y su amparo judicial en la Unión Europea”, en VV. AA., *La crisis de las personas refugiadas y su impacto sobre la UE: causas, impactos, asilo, políticas de inmigración, asilo, marco jurídico...*, EuroBasque, Europako Mugimenduaren Euskal Kontseilua, Consejo Vasco del Movimiento Europeo, 2016, 41-109.
- ORTEGA TEROL, J.M. y SÁNCHEZ LEGIDO, A., “Orden público europeo y acción exterior: el bombardeo de la OTAN en Yugoslavia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *REDE*, n. 3, 2002, 493-516.
- PALLADINO, R., “La tutela dei migranti irregolari e dei richiedenti protezione internazionale (artt. 3, 5, 8 e 13 CEDU; art. 4, Protocollo 4)”, en DI STASI, A. (Ed.),

- CEDU e Ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e l'impatto dell'ordinamento interno (2010-2015)*, Wolters Kluwer|CEDAM, Vicenza (Italia), 2016, 167-203.
- PAPANICOLOPULU, I., "Hirsi Jamaa v. Italy", *American Journal of International Law*, vol. 107, n. 2, 2013, 417-423.
- PASCUAL VIVES, F.J., "Consenso e interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos", *REDI*, vol. 66, n. 2, 2014, 113-153.
- "La articulación convencional de una política comunitaria de retorno para los residentes irregulares", en FERRER LLORET, J. y SANZ CABALLERO, S., *Protección de personas y grupos vulnerables. Especial referencia al Derecho internacional y europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 255-296.
- PASQUALI, L., "¿La pena de prisión para inmigrantes irregulares perjudica la política de retorno de la Unión?", *RDCE*, n. 39, 2011, 541-558.
- PASTOR RIDRUEJO, J.A., "La Reciente Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Temas Escogidos", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Universidad del País Vasco, 2007, 239-276.
- PEERS, S., MORENO-LAX, V., GARLICK, M. y GUILD, E., "The EU Charter of Fundamental Rights and Immigration and Asylum Law", en VV.AA., *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition, Volume 3: EU Asylum Law*, Brill Nijhoff, Leiden | Boston, 2015, 27-63.
- PÉREZ MARTÍN, E., "El derecho al respeto de la vida familiar y la reagrupación familiar de los hijos menores de extranjeros en la Unión Europea (STJCE de 26 de junio de 2006, C-540/03)", *Revista General de Derecho Público Comparado*, n.1, 2007, 1-32.
- PÉREZ SOLA, N., "La Directiva de retorno y la involución en la Europa de los derechos", *REJ*, n. 8, 2008, 1-13.
- PERRUCHOUD, R., "L'expulsion en masse d'étrangers", *Annuaire Français de Droit International*, vol. 34, n. 1, 1998, 677-693.
- PIEDIMONTE BODINI, S., "Fighting maritime piracy under the European Convention on Human Rights", *European Journal of International Law*, vol. 22, n. 3, 2011, 829-848.
- QUERALT JIMÉNEZ, A., "El internamiento a efectos de expulsión en la nueva Directiva de retorno de inmigrantes", *REE*, n. 50, 2008, 107-124.
- RAVERA, C., "Protocollo 7. Art. 1 garanzie procedurali in caso di espulsione di stranieri", en DEFILIPPI, C., BOSI, D. y HARVEY, R. (Eds.), *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali. Commenta ed annotata*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, 761-796.
- REIG FABADO, I., "La Directiva retorno y la tutela judicial efectiva de los extranjeros", en REIG FABADO, I. (Coord.), *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 283-321.
- RIJPMA, J.J. y CREMONA, M., "The Extra-Territorialisation of EU Migration Policies and the Rule of Law", *European University Institute Working Papers Law*, 2007/1, 1-24.
- RODRÍGUEZ CANDELA, J.L., "Multas vs. Expulsión en el derecho de extranjería español frente a la estancia irregular, antes y después de la directiva retorno", *Editorial Jurídica Sepín*, septiembre de 2015. Disponible en: http://www.sepin.es/extranjeria/VerDoc.asp?referencia=SP%2FDOCT%2F19539&cod=0JP1yG1S_0Ha17U1DT0Fa1eq0XP0Fk1v10H60Fa1dB0H50Ha1%3DK0V10Fa17P0GA0G_1AS1yy0FF1Mu1Cr0GA1Gk00s0E_1De1Cj09P1Mu0HL0Cp0yf00n

- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y DEL VALLE GÁLVEZ, A., “El derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales Nacionales”, *RDCE*, n. 2, 1997, 239-376.
- “Funciones de la doctrina en el Derecho Internacional”, en VV.AA., *Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Estudios en honor del profesor D. Antonio Truyol Serra*, vol. II, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad Complutense de Madrid, 1986, 1059-1072.
- RUEDIN, X.B., “Aliens’ and Asylum Seekers’ Detention Under Article 5(1)(f) ECHR”, *Revue Suisse de Droit International et de Droit Européen*, vol. 20, issue 4, 2010, 483- 499.
- RUILOBA ALVARIÑO, J., “La responsabilidad de los Estados europeos en los vuelos secretos de la CIA. Especial referencia a España”, *RDCE*, n. 24, 2006, 541-570.
- SACCUCCI, A., “Divieto di tortura ed esigenze di sicurezza nel contesto della war on terror: verso una flessione "al ribasso" degli obblighi internazionali?”, *DUDI*, n. 3, 2009, 5-31.
- SALADO OSUNA, A., “Los tratos prohibidos en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA MACHETTI, P., (Coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 3ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, 85-112.
- SALAMANCA AGUADO, M.E., “La protección subsidiaria de personas amenazas por violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado. Comentario a la sentencia del TJCE de 17 de febrero de 2009, en el asunto Elgafaji (C-465/07)”, *RGDE*, n. 19, 2009, 1-18.
- SALERNO, F., “L’obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo”, en FAVILLI, C. (Ed.), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Giappichelli, Torino, 2011, 3-33.
- SALINAS ALCEGA, S., “El nuevo procedimiento de control de la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tras el *proceso de Interlaken*: la evolución técnica de un mecanismo político”, *RGDE*, n. 36, 2015, 1-42.
- SÁNCHEZ LEGIDO, A., “¿Héroes o villanos? Las ONG’s de rescate y las políticas europeas de lucha contra la inmigración irregular (a propósito del caso *Open Arms*)”, *RGDE*, n. 46, 2018, 9-60.
- “El arriesgado acceso a la protección internacional en la Europa fortaleza: la batalla por el visado humanitario europeo”, *RDCE*, n. 57, 2017, 433-472.
- “Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: a propósito de la nueva ley de asilo”, *REEI*, n. 18, 2009, 1-32.
- “Garantías Diplomáticas, No Devolución y Prohibición de la Tortura”, *REDI*, vol. 60, n. 1, 2008, 11-38.
- SAN MARTÍN ONTORIA, A.B., “Derecho a un recurso efectivo y con efecto de suspensión automática en el ámbito del TEDH: la sentencia de 22 de abril de 2014, asunto A.C. y otros contra España”, en PASTOR PALOMAR, A. (Dir.), *Temas relevantes de Derecho Internacional Público ante la jurisdicción contencioso-administrativa*, Gobierno de España | Ministerio de Justicia, Madrid, 2016, 87-96.
- SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., “Las «devoluciones en caliente» en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, AS. N.D. y N.T. vs. España, de 03.10.2017)”, *Civitas REDE*, n. 65, enero-marzo 2018, 101-135.
- “Hacia un sistema alternativo de inmigrantes irregulares”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 5, septiembre de 2013-febrero 2014, 75-94.

- SANTOLAYA MACHETTI, P., “El sistema europeo común de asilo y su recepción en España”, *RDME*, n. 12, 2006, 83-88.
- SANTOS VARA, J., “La declaración Unión Europea-Turquía de 18 de marzo de 2016: ¿Un tratado disfrazado?”, en MARTÍNEZ CAPDEVILA, C. y MARTÍNEZ PÉREZ E.J. (Dir.), *Retos para la acción exterior de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 289-300.
- “El desafío de las «entregas extraordinarias» a la protección internacional de los derechos humanos: la responsabilidad de los Estados europeos”, *REDI*, vol. 59, n. 1, 2007, 175- 196.
- SARMIENTO, D., “El retorno de la ciudadanía de la Unión. Comentario a la sentencia Chávez - Vílchez (C-133/15) del Tribunal de Justicia”, *REDE*, n. 63, 2017, 163-173.
- SCHMID, E., “The End of the Road on Diplomatic Assurances: The Removal of Suspected Terrorists under International Law”, *Essex Human Rights Review*, vol. 8, n. 1 2011, 219-235.
- SCOVAZZI, T., “Human Rights and Innmigration at Sea”, en RUBIO-MARÍN, R. (Ed.), *Human Rights and Immigration*, Oxford University Press, United Kingdom, 2014, 212-260.
- “La tutela della vita umana in mare, con particolare riferimento agli immigrati clandestini diretti verso l’Italia”, *RDI*, vol. 88, n. 1, 2005, 106-120.
- SFERRAZZA TAIBI, P., “Entregas extraordinarias en Europa. Un comentario a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Al Nashiri vs. Polonia y Abu Zubaydah vs. Polonia”, *Revista de Derechos Fundamentales*, Universidad Viña del Mar, n. 12, 2014, 163-199.
- SINGH, S., “Will Acceptance of a Universally Approved Definition of Terrorism Make Article 1 F of the 1951 Refugee Convention More Effective in Excluding Terrorists”, *Journal of Migration and Refugee Issues*, vol. 2, n. 3, 2006, 91-119.
- SKOGLUND, L., “Diplomatic Assurances Against Torture – An Effective Strategy?”, *Nordic Journal of International Law*, n. 77, 2008, 319-364.
- SOLANES CORRELLA, A., “La protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las «devoluciones en caliente»”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 26, 2017, 197-225.
- SOLER GARCÍA, C., “La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial referencia al caso de España”, *RGDE*, n. 45, 2018, 107-160.
- “La guardia europea de fronteras y costas ¿un avance respecto a FRONTEX? Una valoración provisional”, *REEI*, n. 34, 2017, 1-44.
- SPIJKERBOER, T., “Minimalist Reflections on Europe, Refugees and law”, *European papers: a journal on law and integration*, vol.1, n.2, 2016, 533-558.
- SPITALERI, F., “Il rimpatrio dell’immigrato in condizione di soggiorno irregolare: il difficile equilibrio tra efficienza delle procedure e garanzie in favore dello straniero nella disciplina dell’Unione europea”, en AMADEO, S., y SPITALERI, F. (Eds.), *Le garanzie fondamentali dell’immigrato in Europa*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2015, 291-323.
- TAYLOR, A., “The CJEU as an Asylum Court: what role for human security discourses in the interpretation of persecution in the Qualification Directive?”, en MATERA, C., TAYLOR, A. (Eds.), *The common european asylum system and human rights: enhancing protection in times of emergencies*, Centre for the law of EU external relations Working Papers 2014/7, The Netherlands, 77-92.
- TIRADO ROBLES, C., “La aplicación del Derecho español y del Derecho de la UE en Ceuta y Melilla: control de fronteras exteriores y derechos humanos”, en

- ALCAIDE FERNÁNDEZ, J. y PETIT DE GABRIEL, E.W. (Eds.), *España y la Unión Europea en el orden internacional. XXVI Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales*. Universidad de Sevilla, 15 y 16 de octubre de 2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 235-245.
- TOLOSA TRIBIÑO, C., “Exigencia de motivación en materia de expulsión como medida alternativa a la sanción pecuniaria. La Sentencia del Tribunal Supremo 22 de diciembre de 2005”, *RDME*, n. 11, 2006, 165-172.
- TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., “Los derechos humanos como límite a la gestión de los flujos migratorios mixtos”, *REEI*, n. 36, 2018, 1-25.
- TÜRK, V. y NICHOLSON, F., “Protección de los refugiados en el derecho internacional: una perspectiva general”, en FELLER E., TÜRK, V. y NICHOLSON, F. (Eds.), *Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas globales de ACNUR sobre Protección Internacional*, Icaria Editorial, Barcelona, 2010, 3-49.
- URREA CORRES, M., “El control de fronteras de la Unión Europea y su dimensión exterior: algunos interrogantes sobre la actuación de FRONTEX”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.), *La dimensión exterior del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, 2012, 235-254.
- URRUTIA LIBARONA, I., “Artículo 1. Garantías de procedimiento en caso de expulsión de extranjeros”, en LASAGABASTER HERRARTE, I. (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, 3ª edición, Aranzadi, Navarra, 2015, 995-1008.
- VAN DEN WYNGAERT, C., “Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandora's Box?”, *ICLQ*, vol. 39, n. 4, 1990, 757-779.
- VAN EIJKEN, H., DE VRIES, S., “A New Route into the Promised Land? Being a European Citizen after Ruiz Zambrano”, *ELR*, n. 5, 2011, 704-721.
- VERMEULEN, B., “Prohibition of Torture and Other Inhuman or Degrading Treatment or Punishment”, en VV.AA., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 5th Edition, Intersentia, Antwerpen, Oxford, 2018, 381-424.
- VILLENA DEL CARPIO, D.F.S. y ANNONI, D., “Rechazo a los refugiados: políticas de los Estados para combatir los flujos de refugiados y responsabilidad de proteger”, *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho*, vol. 19, n. 38, 2016, 43-59.
- VOLOY, A., “Are Diplomatic Assurances Adequate Guarantees of Safety Against Torture and Ill-Treatment? The Pragmatic Approach of the Strasbourg Court”, *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 4, n. 1, 2015, 32-54.
- VV.AA., “Legislación, jurisprudencia y derechos de los inmigrantes”, en ARANGO, J., MAHIA, R., MOYA, D. y SÁNCHEZ-MONTIJANO, E. (Dirs.), *“El año de los refugiados”*. Anuario CIDOB de la Inmigración 2015-2016 (nueva época), CIDOB, Barcelona, 2016, 272-293.
- VV.AA., “«Expulsiones en caliente»: cuando el Estado actúa al margen de la ley”, Informe jurídico promovido desde el Proyecto I+D+i Iusmigrante (DER 2011-26449), de 27 de junio de 2014. Disponible en: http://eprints.ucm.es/25993/1/INFORME%20%20EXPULSIONES%20EN%20CALIENTE.%2027_6_2014%20%281%29.pdf
- WALLACE, R.M.M., “Religion within the Refugee Context: Squaring the Circle?”, en REHMAN, J. y BREAU, S.C. (Eds.), *Religion, Human Rights and International Law. A critical examination os Islamic States practices*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, 197-222.

- WILSHER D., “Article 6 — Right to Liberty and Security” en VV.AA., *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2014, 121-151.
- “The administrative detention of non-nationals pursuant to immigration control: international and constitutional law perspectives”, *ICLQ*, vol. 53, octubre de 2004, 897-934.
- YORKE, J., “The right life and abolition of the death penalty in the Council of Europe”, *ELR*, n. 2, 2009, 205-229.
- ZÁBALO ESCUDERO, M.E., “La familia como medio de integración del extranjero en la sociedad receptora”, en CHUECA SANCHO, A.G., GUTIÉRREZ CASTILLO, V.L. y BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I. (Coords.), *Las migraciones internacionales en el Mediterráneo y Unión Europea*, Huygens, Barcelona, 2009, 265-281.
- ZORZI GIUSTINIANI, F., “Expulsion and the fundamental rights of irregular migrants: critical notes in the margins of the work of the international law commission work on the «expulsion of aliens»”, en GUY, S. GOODWIN-GILL, G.S. y WECKEL, P. (Eds.), *Protection des migrants et des réfugiés au XXIe siècle, aspects de droit international Migration and Refugee Protection in the 21st Century, International Legal Aspects*, Brill | Nijhoff, Leiden | Boston, 2015, 445-484.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

FUENTES LEGALES

1. TRATADOS INTERNACIONALES CON VOCACIÓN UNIVERSAL

- Estatuto de Roma de la CPI de 17 de julio de 1998 (*BOE* n. 126, de 27 de mayo de 2002).
- Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Adoptada por la AGNU en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990 (No firmada ni ratificada por España).
- Convenio Internacional sobre Salvamento Marítimo, hecho en Londres el 28 de abril de 1989 (*BOE* n. 57, de 8 de marzo de 2005).
- Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que No Son Nacionales del País en que Viven. Adoptada por la AGNU en su resolución 40/144, de 13 de diciembre de 1985.
- Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984 (*BOE* n. 268, de 9 de noviembre de 1987).
- La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982 (*BOE* n. 39, de 14 de febrero de 1997).
- Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977 (*BOE* n. 177, de 26 de julio de 1989).
- Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, hecho en Londres el 1 de noviembre de 1974 (*BOE* n. 144, de 16 de junio de 1980).
- Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969 (*BOE* n. 142, de 13 de junio de 1980).
- Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967 (*BOE* n. 252, de 21 de octubre de 1978).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la AGNU en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (*BOE* n. 103, de 19 de diciembre de 1966).
- Convención para reducir los casos de apatridia, adoptada en Nueva York, el 30 de agosto de 1961 (*BOE* n. 274, de 13 de noviembre de 2018).
- Convención sobre el Estatuto de los Apátridas. Adoptada el 28 de septiembre de 1954 por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 526 A (XVII), de 26 abril de 1954 (*BOE* n. 159, de 4 de julio de 1997).
- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (NU), convocada por la AGNU en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950 (*BOE* n. 252, de 21 de octubre de 1978).
- V Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949 (*BOE* n. 246, de 2 de septiembre de 1952).

2. TRATADOS INTERNACIONALES EN EL ÁMBITO DEL COE

- Protocolo n. 13 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia, de 3 de mayo de 2002 (*BOE* n. 77, de 30 de marzo de 2010).
- Convenio sobre la prevención de los casos de apatridia en relación con la sucesión de Estados, Estrasburgo, de 19 de mayo de 2006 (No firmado ni ratificado por España).

Convenio sobre nacionalidad, Estrasburgo, 6 de noviembre de 1997 (No firmado ni ratificado por España).

Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, hecho en Estrasburgo el 26 de noviembre de 1987 (*BOE* n. 159, de 5 de julio de 1989).

Protocolo n. 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 22 de noviembre de 1984 (*BOE* n. 249, de 15 de octubre de 2009).

Protocolo n. 6 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte, de 28 de abril de 1983 (*BOE* n. 92, de 17 de abril de 1985).

Protocolo n. 4 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que reconoce ciertos derechos y libertades además de los que ya figuran en el Convenio y en el primer Protocolo adicional al Convenio, modificado por el Protocolo n. 11, de 16 de septiembre de 1963 (*BOE* n. 247, de 13 de octubre de 2009).

Convenio Europeo de Extradición de 1957 (*BOE* n. 136, de 8 de junio de 1982).

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado por el COE el 4 de noviembre de 1950 (*BOE* n. 243, de 10 de octubre de 1979).

3. TRATADOS INTERNACIONALES EN OTROS ÁMBITOS REGIONALES

Carta Árabe de Derechos Humanos, de 1994 por la resolución n. 5.437 del Consejo de la Liga de Estados Árabes.

Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, de 9 de diciembre de 1985.

Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos. Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya.

Convención Interamericana sobre Extradición, adoptada en Caracas, Venezuela, el 25 de febrero de 1981.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), hecha en San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969.

Convención de la Organización para la Unión Africana por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África. Aprobada por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno en su sexto período ordinario de sesiones (Addis Abeba, 10 de septiembre de 1969).

Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la IX Conferencia internacional americana realizada en Bogotá en 1948.

4. NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA

Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 del PE y del Consejo y por el que se derogan el Reglamento (CE) n° 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento (CE) n° 2007/2004 del Consejo y la Decisión 2005/267/CE del Consejo (*DOUE* L 251/1, de 16 de septiembre de 2016).

- Declaración UE-Turquía, de 18 de marzo de 2016. Disponible en: <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>
- Reglamento (UE) n. 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (*DOUE* L 77/1, de 23 de marzo de 2016).
- Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido) (*DOUE* L 180/96, de 29 de junio de 2013).
- Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (*DOUE* L 180/60, de 29 de junio de 2013).
- Reglamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del EM responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (*DOUE* L 180/31, de 29 de junio de 2013).
- Reglamento (UE) n° 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema "Eurodac" para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n° 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del EM responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia (*DOUE* L 180/1, de 29 de junio de 2013).
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (*DOUE* C 202/1, de 7 de junio de 2016).
- Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (*DOUE* L 337/9, de 20 de diciembre de 2011).
- Acuerdo entre la UE y Japón sobre cooperación judicial en materia penal de 30 de noviembre de 2009 (*DOUE* L 39/19, de 12 de febrero de 2010).
- Tratado de la Unión Europea (*DOUE* C 83/15, de 30 de marzo de 2010).
- Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (*DOUE* L 348/98, de 24 de diciembre de 2008).
- Directiva 2005/85/CE del Consejo de 1 de diciembre de 2005 sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado (*DOUE* L 326/13, de 13 de diciembre de 2005).
- Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) N° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE,

- 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (*DOUE L 158/77*, de 30 de abril de 2004).
- Directiva 2003/109/CE del Consejo de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (*DOCE L 16/44*, de 23 de enero de 2004).
- Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar (*DOUE L 251/12*, de 3 de octubre de 2003).
- Acuerdo entre la UE y los EEUU sobre extradición y asistencia judicial en materia penal, de 6 de junio de 2003 (*DOUE L 181/25*, de 6 de junio de 2003).
- Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los requisitos y el estatuto al que pueden optar ciudadanos de países terceros y personas apátridas para ser refugiados de otros tipos de protección internacional (presentada por la Comisión), Bruselas 12 de septiembre de 2001, COM(2001) 510 final, 2001/0207 (CNS) (*DOCE C 51 E/325*, de 26 de febrero de 2002).
- Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida (*DOCE L 212/12*, de 7 de agosto de 2001).
- Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países (*DOCE L 149/34*, de 2 de junio de 2001).
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01) (*DOCE C 364/1*, de 18 de diciembre de 2000).

5. NORMATIVA NACIONAL ESPAÑOLA

- LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (*BOE n. 77*, de 31 de marzo de 2015).
- RD 162/2014 de 14 de marzo por el que se aprueba el Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros (*BOE n. 64*, de 15 de marzo de 2014).
- RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por LO 2/2009 (*BOE n. 103*, de 30 de abril de 2011).
- Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (*BOE n. 263*, de 31 de octubre de 2009).
- LO 4/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros y de su integración social, y sus posteriores reformas (*BOE n. 299*, de 12 de diciembre de 2009).
- RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados Parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (*BOE n. 51*, de 28 de febrero de 2007).
- RD 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas (*BOE n. 256*, de 25 de octubre de 2003).
- LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social modificada por las LO 8/2000, 14/2003 y 2/2009 (*BOE n. 10*, de 12 de enero de 2000).
- Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica (*BOE n. 11*, de 12 de enero de 1996).

LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (*BOE* n. 158, de 3 de julio de 1985).
Constitución Española (*BOE* n. 311, de 29 de diciembre de 1978).



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

RESOLUCIONES Y DOCUMENTOS

1. NACIONES UNIDAS

1.1. Asamblea General de Naciones Unidas

AGNU, Resolución aprobada el 19 de diciembre de 2018, “Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular”, A/RES/73/195.

AGNU, Resolución aprobada el 7 de diciembre de 2017, “Expulsión de extranjeros”, A/RES/72/117, 18 de diciembre de 2017.

AGNU, Sexta Comisión. “Tema 82 del programa: expulsión de extranjeros (*continuación*)”, A/C.6/72/SR.15, 31 de octubre de 2017.

AGNU, Sexta Comisión. “Tema 82 del programa: expulsión de extranjeros”, A/C.6/72/SR.14, 12 de octubre de 2017.

AGNU, Resolución aprobada el 19 de septiembre de 2016, “Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes”, A/RES/71/1, 3 de octubre de 2016.

AGNU, Tema 78 del programa: informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66° período de sesiones (*continuación*)”, A/C.6/69/SR.21, 18 de noviembre de 2014.

AGNU, “Tema 78 del programa: informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66° período de sesiones”, A/C.6/69/SR.19, 17 de noviembre de 2014.

AGNU, “Tema 78 del programa: informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66° período de sesiones (*continuación*)”, A/C.6/69/SR.22, 11 de noviembre de 2014.

AGNU, “Tema 78 del programa: informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66° período de sesiones (*continuación*)”, A/C.6/69/SR.20, 10 de noviembre de 2014.

AGNU, Sexta Comisión. “Tema 79 del programa: Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 63° y 64° (*continuación*)”, A/C.6/67/SR.20, 2 de enero de 2013.

AGNU, Sexta Comisión. “Tema 79 del programa: Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 63° y 64°”, A/C.6/67/SR.19, 4 de diciembre de 2012.

AGNU, Sexta Comisión, “Tema 81 del programa: informe de la CDI sobre la labor realizada en su 61° período de sesiones”, A/C.6/64/SR.21, 24 de febrero de 2010.

AGNU, “Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas”, A/61/10, 2006.

AGNU, “La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, A/RES/60/148, 21 de febrero de 2006.

AGNU, “La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, A/C.3/60/L.25/Rev.1, 16 de noviembre de 2005.

AGNU, “Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, A/60/316, 30 de agosto de 2005.

AGNU, “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, Resolución 56/83 (Anexo), de 12 de diciembre de 2001.

AGNU, “Nota sobre protección internacional”, 13 de septiembre de 2001, A/AC.96/951. Proyecto de Artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados, aprobado como declaración por la AGNU, anexo de la Resolución de la AGNU 55/153, de 12 de diciembre de 2000.

Reglas mínimas de las NU sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), aprobadas por la AGNU en su resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990.

“Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”, Adoptado por la AGNU en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

Las Reglas mínimas de las NU para el tratamiento de los reclusos (aprobadas por el Comité Económico y Social mediante sus Resoluciones 663 C(XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la AGNU en su resolución 3452 (XXX), de 9 de diciembre de 1975.

Declaración sobre Asilo Territorial, Adoptada por la AGNU en su Resolución 2312 (XXII), de 14 de diciembre de 1967.

Resolución 302 (IV) de la AGNU, de 8 de diciembre de 1949, por la que se crea el Organismo de Obras Públicas y Socorro de las NU para los Refugiados de Palestina en el Cercano Oriente (OOPS).

Declaración Universal de Derechos del Hombre, adoptada por la AGNU en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948.

AGNU, Resolución aprobada el 19 de noviembre de 1948, 212 (III) de Ayuda a los Refugiados de Palestina.

1.2. Consejo de Seguridad

Consejo de Seguridad, Resolución 1373 (2001) sobre las amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo, S/RES/1373 (2001), 28 de septiembre de 2001; Resolución 1377 (2001) sobre los esfuerzos mundiales para combatir el terrorismo, S/RES/1377 (2001), 10 de mayo de 2007.

Consejo de Seguridad, Resolución 1624 (2005) sobre la prohibición de la incitación a la comisión de actos de terrorismo, S/RES/1624 (2005), de 14 de septiembre de 2005.

1.3. Consejo de Derechos Humanos

Consejo de Derechos Humanos, “Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, François Crépeau. Adición. Misión a Malta (6 a 10 de diciembre de 2014)”, A/HRC/29/36/Add.3, 8 de mayo de 2015.

Consejo de Derechos Humanos, “Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, Mutuma Ruteere. Adición. Visita a España”, A/HRC/23/56/Add.2, 6 de junio de 2013.

Consejo de Derechos Humanos, “Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau”, A/HRC/20/24, 2 de abril de 2012.

Consejo de Derechos Humanos, “Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez”, A/HRC/16/52, 3 de febrero de 2011.

Consejo de Derechos Humanos, “Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak”, A/HRC/13/39, 9 de febrero de 2010.

Consejo de Derechos Humanos, “Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo.

Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria”, A/HRC/10/21, 16 de febrero de 2009.

Consejo de Derechos Humanos, Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, “Promoción y protección de todos los derechos humanos derechos civiles, políticos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”, A/HRC/10/21, 16 de febrero de 2009.

Consejo de Derechos Humanos, “Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, Jorge Bustamante”, A/HRC/7/12, 25 de febrero de 2008.

Consejo de Derechos Humanos, Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, “Promoción y protección de todos los derechos humanos derechos civiles, políticos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”, A/HRC/7/4, 10 de enero de 2008.

1.4. Comisión de Derecho Internacional

“Proyecto de artículos sobre expulsión de extranjeros aprobado en segunda lectura por la CDI”, Informe de la CDI, 66º período de sesiones (5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2014), AGNU. Documentos Oficiales. 69º período de sesiones. Suplemento n.10 (A/69/10).

CDI, “Noveno informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/670, 25 de marzo de 2014.

CDI, “Expulsión de extranjeros. Comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos”, A/CN.4/669, 21 de marzo de 2014.

CDI, “Octavo informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/651, 22 de marzo de 2012.

“Proyecto de artículos sobre expulsión de extranjeros aprobados en primera lectura por la CDI”, en Informe de la CDI, 64º período de sesiones (7 de mayo a 1º de junio y 2 de julio a 3 de agosto de 2012), AGNU. Documentos Oficiales 67º período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/67/10).

CDI, “Séptimo informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/642, 4 de mayo de 2011.

CDI, “Sexto informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial”, adición segunda, A/CN.4/625/Add.2, 9 de julio de 2010.

CDI, “Sexto informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, adición primera, A/CN.4/625/Add.1, 28 de mayo de 2010.

CDI, “Sexto informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/625, 19 de marzo de 2010.

Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 61º periodo de sesiones 4 de mayo a 5 de junio y 6 de julio a 7 de agosto de 2009. AG, Documentos Oficiales. 64º periodo de sesiones. Suplemento n° 10 (A/64/10), NU, Nueva York, 2009.

CDI, “Expulsión de extranjeros”. Documento A/CN.4/618. Nuevo proyecto de plan de trabajo, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial, 21 de julio de 2009.

Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 61º período de sesiones, 4 de mayo a 5 de junio y 6 de julio a 7 de agosto de 2009, “Expulsión de extranjeros. Proyectos de artículo sobre la protección de los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión, reordenados por el Relator Especial, Sr. Maurice Kamto, a la luz del debate celebrado en sesión plenaria durante la primera parte del presente período de sesiones”, A/CN.4/617, 21 de julio de 2009.

Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 62º periodo de sesiones (3 de mayo a 4 de junio y 5 de julio a 6 de agosto de 2010). AGNU. Documentos Oficiales. 65º periodo de sesiones. Suplemento n. 10 (A/65/10), NU, Nueva York, 2010.

CDI, “Quinto informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/611, 27 de marzo de 2009.

Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 61º período de sesiones, 4 de mayo a 5 de junio y 6 de julio a 7 de agosto de 2009, “Expulsión de extranjeros. Observaciones e información recibidas de los Gobiernos”, A/CN.4/604, 26 de agosto de 2008.

CDI, “Cuarto informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/594, 24 de marzo de 2008.

“Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 59º periodo de sesiones (7 de mayo a 5 de junio y 9 de julio a 10 de agosto de 2007). AGNU. Documentos Oficiales. 62º periodo de sesiones. Suplemento nº 10 (A/62/10)”, NU, Nueva York, 2007.

CDI, “Tercer informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/581, 19 de abril de 2007.

CDI, “Segundo informe sobre la expulsión de extranjeros. Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/573, 20 de julio de 2006.

CDI, “Expulsión de extranjeros. Memorando de la secretaria”, A/CN.4/565, 10 de julio de 2006.

CDI, “Informe preliminar sobre la expulsión de extranjeros, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial”, A/CN.4/554, 4 de abril de 2005.

Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 56º período de sesiones, 3 de mayo a 4 de junio y 5 de julio a 6 de agosto de 2004. AGNU Documentos Oficiales. Quincuagésimo noveno período de sesiones Suplemento No. 10 (A/59/10).

Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 50º período de sesiones, 20 de abril a 12 de junio de 1998 y de 27 de julio a 14 de agosto de 1998, AGNU Documentos Oficiales Quincuagésimo tercer período de sesiones Suplemento No. 10 (A/53/10).

Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 49º período de sesiones, 12 de mayo a 18 de julio de 1997 y 27 de julio a 14 de agosto de 1998. AGNU Documentos Oficiales. Quincuagésimo segundo período de sesiones Suplemento No. 10 (A/52/10).

1.5. Comité de Derechos Humanos

CDH, Observación general n. 35, “Artículo 9 (Libertad y seguridad personales)”, 112º período de sesiones (2014).

CDH, “Report of the 2012 day of general discussion, the rights of all children in the context of international migration”.

CDH, “Examen de los Informes presentados por los Estados parte en virtud del artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del CDH a Reino Unido”, CCPR/C/GBR/CO/6, 30 de julio de 2008.

CDH, Observación general n. 32, “El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia”, 90º período de sesiones (2007).

CDH, Observación general n. 31, “La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto”, 80º período de sesiones (2004).

CDH, “Examen de los Informes presentados por los Estados parte en virtud del artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del CDH a Reino Unido”, CCPR/CO/73/UK y CCPR/CO/73/UKOT, 6 de diciembre de 2001.

Observaciones finales del CDH: República Árabe Siria, CCPR/CO/71/SYR, 24 de abril de 2001.

CDH, Observación general n. 29, “Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción (artículo 4)”, 72º período de sesiones (2001).

CDH, Observación general n. 24, “Cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto”, 52º período de sesiones (1994).

CDH, Observación general n. 20, “Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7)”, 44º período de sesiones (1992).

CDH, Observación general n. 18, “No discriminación”, 35º período de sesiones (1989).

CDH, Observación general n. 16, “Derecho a la intimidad (artículo 17)”, 32º período de sesiones (1988).

CDH, Observación general n. 15, “La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto”, 27º período de sesiones (1986).

CDH, Observación general n. 6, “Derecho a la vida (artículo 6)”, 16º período de sesiones (1981).

1.6. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial

CERD, “Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. España”, CERD/C/ESP/CO/18-20, 8 de abril de 2011.

CERD, Recomendación General n. 30 “sobre la discriminación contra los no ciudadanos”, 65º período de sesiones (2005).

1.7. Comité contra la Tortura

CAT, Observación general n. 1 (2017), relativa a la aplicación del art. 3 de la Convención en el contexto del art. 22. Proyecto preparado por el Comité en primera lectura el 6 de diciembre de 2016, CAT/C/60/R.2, 3 de febrero de 2017.

Observación general n. 2, “Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes”, CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008.

CAT, “Examen de los informes presentados por los Estados parte en virtud del artículo 19 de la Convención. Conclusiones y recomendaciones del CAT a EEUU”, CAT/C/USA/CO/2, 25 de julio de 2006.

CAT, suplemento n. 44 (A/53/44), Nueva York 1998. Disponible en: <http://undocs.org/es/A/53/44>

CAT, “General Comment n. 1: Implementation of Article 3 of the Convention in the Context of Article 22 (Refoulement and Communications), A/53/44, annex IX, 21 November 1997.

CAT, Observación general n. 1, “Aplicación del artículo 3 en el contexto del artículo 22 de la Convención”, 16º período de sesiones (1996).

1.8. Comité de los Derechos del Niño

CRC, “Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España”, CRC/C/ESP/CO/5-6, 5 de marzo de 2018.

CRC, Observación general n. 14 (2013) “sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párr. 1)”, CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.

CRC, Observación general n.10 (2007), “Los derechos del niño en la justicia de menores”, CRC/C/GC/10, de 25 de abril de 2007.

CRC, Observación general n. 6 (2005), “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005.

1.9. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Comisión de Derechos Humanos. “Promoción y protección de los derechos humanos. La protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo”, E/CN.4/2006/94, 16 de febrero de 2016.

Comisión de Derechos Humanos, Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, “Principios y Directrices Básicos de las Naciones Unidas sobre los Recursos y Procedimientos relacionados con el Derecho de Toda Persona Privada de Libertad a Recurrir ante un Tribunal”, A/HRC/30/37, 6 de julio de 2015.

Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, marzo de 2007. Disponible en: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>

Comisión de Derechos Humanos, “Cuestiones concretas de derechos humanos: Nuevas prioridades, en particular el terrorismo y la lucha contra el terrorismo. Proyecto marco preliminar de principios y directrices relativos a los derechos humanos y el terrorismo. Documento de trabajo ampliado preparado por la Sra. Kalliopi K. Koufa”, E/CN.4/Sub.2/2005/39, 22 junio de 2005.

Comisión de Derechos Humanos, “Informe del Experto independiente sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Sr. Robert K. Goldman”, E/CN.4/2005/103, 7 de febrero de 2005.

Comisión de Derechos Humanos, “Grupos e individuos específicos. Trabajadores migrantes. Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos”, E/CN.4/2003/85, 30 de diciembre de 2002.

Comisión de Derechos Humanos, Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, “Cuestión de los derechos humanos de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”, E/CN.4/1998/44, 19 de diciembre de 1997.

Consejo Económico y Social, “Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte”, aprobadas en la resolución 1984/50, de 25 de mayo de 1984.

1.10. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados

ACNUR, “Directrices sobre la detención: Directrices sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención”, 2012.

ACNUR, “Directrices sobre Protección Internacional n. 9: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967”, HCR/IP/12/09, 23 de octubre de 2012.

ACNUR, “Guía Relativa a la Solicitud de Medidas Provisionales en Virtud de la Regla 39 del Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para Personas en Necesidad de Protección Internacional”, 2012.

- ACNUR, “The Internal Flight Alternative Practices. A UNHCR Research Study in Central European Countries”, junio 2012.
- ACNUR, “Manual y directrices sobre 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”, HCR/1P/4/ENG/REV. 3, diciembre de 2011.
- ACNUR, *Safe at last? Law and practice in selected EU member states with respect to asylum-seekers fleeing indiscriminate violence*, Julio 2011.
- ACNUR y Alto Comisionado de las NU para los Derechos Humanos, “Mesa Redonda Global sobre alternativas a la detención de solicitantes de asilo, refugiados, migrantes y apátridas. Resumen de conclusiones”, Ginebra, Suiza, 11 a 12 de mayo de 2011.
- ACNUR, “Declaración del ACNUR sobre el derecho a un recurso efectivo en relación con los procedimientos acelerados de asilo”, 21 de mayo 2010. Disponible en: <http://www.refworld.org.es/type,AMICUS,,4c15fed72,0.html>
- ACNUR, “Declaración del ACNUR sobre el artículo 1F de la Convención de 1951. Publicada en el marco de las cuestiones prejudiciales presentadas al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por la Corte Federal Administrativa de Alemania con respecto a la interpretación de los artículos 12 (2) (b) y (c) de la Directiva de Reconocimiento”, Julio 2009. Disponible en: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4a8a8a262>
- ACNUR, “Declaración del ACNUR sobre la protección subsidiaria a personas amenazadas por violencia indiscriminada, bajo la Directiva de Reconocimiento del COE”, enero de 2008.
- ACNUR, “Nota de orientación sobre la extradición y la protección internacional de los refugiados”, 2008.
- ACNUR, “Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967”, 2007.
- ACNUR, “Nota del ACNUR sobre las garantías diplomáticas y la protección internacional de los refugiados”, 2006.
- Comité Ejecutivo de ACNUR, “B. Conclusión sobre la disposición sobre protección internacional, en particular mediante formas complementarias de protección1”, A/AC.96/1021, de 7 de octubre de 2005.
- ACNUR, “Directrices sobre protección internacional n. 6: Solicitudes de Asilo Por Motivos Religiosos Bajo el Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 Sobre el Estatuto de los Refugiados”, HCR/GIP/04/06, de 28 de abril de 2004.
- ACNUR, “Directrices sobre protección internacional. La aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados”, HCR/GIP/03/05, de 4 de septiembre de 2003.
- ACNUR, “Directrices sobre Protección Internacional: La «alternativa de huida interna o reubicación» en el contexto del artículo 1ª (2) de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados”, de 23 de julio de 2003, HCR/GIP/03/04.

Reunión Ministerial de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, “Declaración de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados”, HCR/MMSP/2001/9, de 16 de diciembre 2002, organizada por el Gobierno de suiza y ACNUR.

ACNUR, “Directrices sobre la Protección Internacional. Pertenencia a un determinado grupo social” en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967”, HCR/GIP/02/02, de 7 de mayo de 2002.

ACNUR, “Protección de los refugiados: Guía sobre el derecho internacional de los refugiados”, 1 Diciembre de 2001. Disponible en: <http://www.refworld.org/docid/42a021ef4.html>.

Consultas globales sobre la protección internacional. Mesa redonda de expertos en Cambridge 9-10 de julio de 2001. Organizada por el ACNUR y el Centro Lauterpacht de Investigaciones sobre Derecho Internacional. “Resumen de las conclusiones – El principio de no-devolución”.

ACNUR, “La interceptación de solicitantes de asilo y refugiados: el marco internacional y recomendaciones para un enfoque integral”; EC/EC/50/SC/CRP.17, 9 de junio de 2000.

ACNUR, “Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo”, 26 febrero de 1999, directriz 3. Disponible en: <http://www.refworld.org/docid/48abd59a2.html>

Nota de ACNUR sobre la carga y el mérito de la prueba en las solicitudes de asilo de 16 de diciembre de 1998. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1906.pdf>

ACNUR, Conclusión sobre la salvaguarda de la Institución del Asilo, n. 82 (XLVIII), 1997.

Comité Ejecutivo de ACNUR, Conclusión n. 44 (XXXVII) de 1986 relativa a la detención de los refugiados y de las personas que buscan asilo.

2. INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL

IDI, “Migrations de masse” (Rapporteur: M. Maurice Kamto). Session de Hyderabad – 2017. Disponible en: <http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/08/16-RES-FINALE-FR-COR.pdf>

IDI, “Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers” (Rapporteurs: MM. L.-J.-D. Féraud-Giraud et Ludwig von Bar). Session de Genève – 1892. Disponible en: http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1892_gen_01_fr.pdf

3. CONSEJO DE EUROPA

Department for the execution of judgments of the European Court of Human Rights, Turkey (Última actualización: 4 de octubre de 2018). Disponible en: <https://rm.coe.int/tur-eng-fs4/1680709767>

Ficha de Turquía en relación al cumplimiento del CEDH, elaborada por el COE (Última actualización: octubre de 2018). Disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/CP_Turkey_ENG.pdf

TEDH, “Reglamento de Procedimiento del TEDH”. Estrasburgo, 1 de agosto de 2018. Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_SPA.pdf

TEDH, Ficha temática “Interim measures”, febrero de 2018. Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Interim_measures_ENG.pdf

TEDH, “Interim measures accepted by respondent State and destination (if applicable) from 1 January to 30 June 2018”. Disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_art_39_02_ENG.pdf

Annual Report European Court of Human Rights 2017. Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2017_ENG.pdf

CPT, “Immigration Detention” Factsheet, CPT/Inf(2017)3. Strasbourg, March 2017.

CPT, “Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the CPT from 17 to 19 February 2016”, CPT/Inf (2016) 35. Strasbourg, 15 december 2016.

CPT, “Report to the Finnish Government on the visit to Finland carried out by the CPT from 22 September to 2 October 2014”, CPT/Inf (2015) 25. Strasbourg, 20 august 2015.

CPT, “Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the CPT from 14 to 18 July 2014”. CPT/Inf (2015) 19. Strasbourg, 9 April 2015.

CPT, “The CPT standards”, CPT/Inf/E (2002) 1 - Rev. 2015.

Parliamentary Assembly, “The alternatives to immigration detention of children”, Resolution 2020 (2014) Final versión. Strasbourg 3 october 2014.

“Extradition and Human Rights Diplomatic assurances and Human Rights in the Extradition Context”, Presentation by Mr Johannes Silvis, Judge at the European Court of Human Rights, Lecture presented 20 May 2014, PC-OC meeting in Strasbourg/F. Disponible en: <https://rm.coe.int/168048bdaf>

CPT, “Report to the Bulgarian Government on the visit to Bulgaria carried out by the CPT from 18 to 29 October 2010”, CPT/Inf (2012) 9. Strasbourg, 15 March 2012.

Commissioner for human rights, “Positions on the rights of minor migrants in an irregular situation”, CommDH/Position Paper(2010)6. Strasbourg, 25 June 2010.

Parliamentary Assembly, “Resolution 1695 (2009) Final version. Improving the quality and consistency of asylum decisions in the Council of Europe member states”. Text adopted by the Standing Committee, acting on behalf of the Assembly, on 20 November 2009.

CPT, “19th General Report of the CPT (1 August 2008-31 July 2009)”, CPT/Inf (2009) 27. Council of Europe Publishing, 2009.

Committee of Ministers, “Guidelines on human rights protection in the context of accelerated asylum procedures”. Strasbourg, 1 July 2009.

CPT, “Rapport au Gouvernement de la Roumanie relatif à la visite effectuée en Roumanie par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 8 au 19 juin 2006”, CPT/Inf (2008) 41. Strasbourg 11 décembre 2008.

Commissioner for Human Rights, Thomas Hammarberg, “States should not impose penalties on arriving asylum-seekers”, 17 March 2008.

CPT, Report to the authorities of the Kingdom of the Netherlands on the visits carried out to the Kingdom in Europe, Aruba, and the Netherlands Antilles by the CPT, CPT/Inf (2008) 2. Strasbourg, 5 February 2008.

Commissioner for human rights, “Viewpoint: torture can never, ever be accept”. 27 June 2006.

Grupo de Expertos sobre derechos humanos y lucha contra el terrorismo, DH-S-TER(2006)005. Estrasburgo, 3 de abril de 2006,

Committe of Ministers, “Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to Member States on the European Prison Rules”, Rec(2006)2. 11 January 2006.

Observations of the governments of the Governments of Lithuania, Portugal, Slovakia and The United Kingdom intervening in application no 25424/05 Ramzy v. The Netherlands, 21 November 2005.

Parliamentary Assembly, “Accelerated asylum procedures in Council of Europe member states”, Resolution 1471 (2005). Text adopted by the Assembly on 7 October 2005 (32nd Sitting).

CPT, “15th General Report on the CPT's activities covering the period 1 August 2004 to 31 July 2005”, CPT/Inf (2005) 17. Strasbourg, 22 September 2005.

Committe of Ministers, “Twenty Guidelines on Forced Returns”, CM(2005)40 final. Strasbourg, 9 may 2005.

Report by Mr alvaro gil-robles, Commissioner for human rights, on his visit to sweden 21 – 23 april 2004 for the attention of the Committee of Ministers and the Parliamentary Assembly, CommDH(2004)13. Strasbourg, 8 July 2004.

European Council on Refugees and Exiles, “Complementary/Subsidiary Forms of Protection in the EU States; An Overview”. Disponible en <http://www.refworld.org/docid/4a54bc3c1a.html>

Parliamentary Assembly, “Recommendation 1624 (2003). Common policy on migration and asylum”. Text adopted by the Assembly on 30 September 2003 (29th Sitting).

Committe of Ministers, “Guidelines on human rights and the fight against terrorism, adopted by the Committee of Ministers on 11 July 2002 at the 804th meeting of the Ministers’ Deputies”. Directorate General of Human Rights. December 2002.

“Explanatory Report to Protocol No. 13 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, concerning the abolition of the death penalty in all circumstances”, European Treaty Series - No. 187. Vilnius, 3.V.2002.

Committee of Ministers, “Recommendation Rec(2002)4 of the Committee of Ministers to member states on the legal status of persons admitted for family reunification”. (Adopted by the Committee of Ministers on 26 March 2002 at the 790th meeting of the Ministers’ Deputies).

Parliamentary Assembly, “Opinion 233 (2002), Draft Protocol to the European Convention on Human Rights concerning the abolition of the death penalty in all circumstances, adopted by the Assembly on 21 January 2002”. Text adopted by the Assembly on 21 January 2002 (1st Sitting).

Commissioner for Human Rights, “Recommendation concerning the rights of aliens wishing to enter a Council of Europe member State and the enforcement of expulsion orders, CommDH(2001)19. Strasbourg, 19 September 2001.

Parliamentary Assembly, “Recommendation 1504 (2001), Non-expulsion of long-term immigrants”. Text adopted by the Standing Committee, acting on behalf of the Assembly, on 14 March 2001.

Committee of Ministers, “Recommendation Rec(2000)15 of the Committee of Ministers to member states concerning the security of residence of long-term migrants”, 13 September 2000.

“Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, European Treaty Series - No. 117. Strasbourg, 22.XI.1984.

“Explanatory Report to Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than

those already included in the Convention and in the first Protocol thereto”, European Treaty Series - No. 46. Strasbourg, 16.IX.1963.

4. UNIÓN EUROPEA

Frontex, “Migratory flows in 2017 - Pressure eased on Italy and Greece; Spain saw record numbers”, 5 de enero de 2018. Disponible en: <http://frontex.europa.eu/news/migratory-flows-in-2017-pressure-eased-on-italy-and-greece-spain-saw-record-numbers-8FC2d4>

Comisión Europea, “La lista común a la UE de Países de origen seguros”. Disponible en: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/2_eu_safe_countries_of_origin_es.pdf

TJUE, “Informe Anual. Panorámica del año”, 2017. Disponible en: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-09/20180421_qdaq18001esn_pdf.pdf

Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión de 16 de noviembre de 2017 por la que se establece un «Manual de Retorno» común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno. Bruselas, 16 de noviembre de 2017 (*DOUE* L 339/83, de 19 de diciembre de 2017).

Comisión Europea, “Recomendación (UE) 2017/432 de la Comisión de 7 de marzo de 2017 sobre la manera de lograr que los retornos sean más eficaces al aplicar la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo”. Bruselas, 7 de marzo de 2017 (*DOUE* L 66/15, de 11 de marzo de 2017).

Recomendación (UE) 2016/2256 de la Comisión de 8 de diciembre de 2016 dirigida a los Estados miembros relativa a la reanudación de los traslados a Grecia en virtud del Reglamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo. Bruselas, 8 de diciembre de 2016. Bruselas, 8 de diciembre de 2016 (*DOUE* L 340/60, de 15 de diciembre de 2016).

Recomendación (UE) 2016/1871 de la Comisión de 28 de septiembre de 2016, dirigida a la República Helénica sobre las medidas específicas urgentes que Grecia debe adoptar con vistas a la reanudación de los traslados en virtud del Reglamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo. Bruselas, 28 de septiembre de 2016 (*DOUE* L 286/75, de 21 de octubre de 2016).

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, COM(2016) 466 final, 2016/0223(COD). Bruselas, 13 de julio de 2016.

Recomendación (UE) 2016/1117 de la Comisión, de 15 de junio de 2016, dirigida a la República Helénica sobre las medidas concretas urgentes que Grecia debe adoptar con vistas a la reanudación de los traslados en virtud del Reglamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo. Bruselas, el 15 de junio de 2016 (*DOUE* L 186/28, de 9 de julio de 2016).

- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo, “Primer informe sobre los avances registrados en la aplicación de la Declaración UE-Turquía”, COM(2016) 231 final. Bruselas, 20 de abril de 2016.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, “Hacia una reforma del Sistema Europeo Común de Asilo y una mejora de las vías legales a Europa”, COM(2016) 197 final. Bruselas, 6 de abril de 2016.
- Comisión Europea, “Nuevas medidas operativas de la cooperación UE-Turquía en el ámbito de la migración”, COM(2016) 166 final. Bruselas, 16 de marzo de 2016.
- Dictamen del CESE sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece una lista común a la UE de países de origen seguros a efectos de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional y por el que se modifica la Directiva 2013/32/UE, [COM(2015) 452 final], (2016/C 071/13). Bruselas, 10 de diciembre de 2015 (*DOUE* de C 71/82, de 24 de febrero de 2016).
- Comisión Europea, “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Plan de acción de la UE en materia de retorno”, COM(2015) 453 final. Bruselas, 9 de septiembre de 2015.
- Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece una lista común a la UE de países de origen seguros a efectos de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, y por el que se modifica la Directiva 2013/32/UE, COM(2015) 452 final. Bruselas, 9 de septiembre de 2015.
- Comisión Europea, “Policies, practices and data on unaccompanied minors in the EU Member States and Norway”, Synthesis Report, May 2015. Disponible en: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/emn_study_policies_practices_and_data_on_unaccompanied_minors_in_the_eu_member_states_and_norway_synthesis_report_final_eu_2015.pdf
- Comisión Europea, “The use of detention and alternatives to detention in the context of immigration policies. Synthesis Report for the EMN Focussed Study 2014”. Disponible en: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/emn_study_detention_alternatives_to_detention_synthesis_report_en.pdf
- Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, “Directrices de aplicación de la Directiva 2003/86/CE, sobre el derecho a la reagrupación familiar”, COM(2014) 210 final. Bruselas, 3 de abril de 2014.
- Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo “sobre la política de retorno de la UE”, COM(2014) 199 final, Bruselas, 28 de marzo de 2014.
- Comisión Europea, “Un sistema europeo común de asilo”, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2014. Disponible en: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/docs/ceas-fact-sheets/ceas_factsheet_es.pdf
- FRA, *Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la UE, 2014.
- Consejo de la Unión Europea, “Directrices de la UE sobre la pena de muerte”, 8416/13, COHOM 63 PESC 403. Bruselas, 12 de abril de 2013.
- Comisión Europea, Dirección General de Justicia y Asuntos de Interior, “Brainstorming on best practices in relation to «non-removable returnees»”, Contact Group “Return Directive” (2008/115/EC). Bruselas, 21 de marzo de 2013.

- Comisión Europea, “Libro Verde sobre el derecho a la reunificación familiar de los nacionales de terceros países que residen en la Unión Europea (Directiva 2003/86/CE)”, COM(2011) 735 final. Bruselas, 15 de noviembre de 2011.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el CESE y el Comité de las Regiones, “Una Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño”, COM(2011) 60 final. Bruselas, 15 de febrero de 2011.
- FRA, Fundamental rights of migrants in an irregular situation in the European Union, Publications office of the European Union. Luxembourg, 2011. Disponible en: <http://fra.europa.eu/en/publication/2012/fundamental-rights-migrants-irregular-situation-european-union>
- FRA, “Detention of third-country nationals in return procedures”. Luxembourg 2011. Disponible en: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1306-FRA-report-detention-december-2010_EN.pdf
- Comité Económico y Social Europeo, Dictamen sobre el tema “El respeto de los derechos fundamentales en las políticas y la legislación europeas en materia de inmigración”, (Dictamen de iniciativa) (2010/C 128/06). Bruselas, 4 de noviembre de 2009 (DOUE 128/129, de 18 de mayo de 2010).
- Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales (2007/C 303/02) (DOUE C 303/17, de 14 de diciembre de 2007).
- Parlamento Europeo, “Proyecto de Resolución Legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio”, (COM(2005)0391 – C6-0266/2005 – 2005/0167(COD)), 20 de septiembre de 2007.
- Comisión de las Comunidades Europeas, “Propuesta presentada por la Comisión de la Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio”, COM(2005) 391 final, 2005/0167 (COD). Bruselas 1 de septiembre de 2005.
- Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, “Un sistema europeo común de asilo más eficaz próxima fase: el procedimiento único”, COM(2004) 503 final. Bruselas, 15 de julio de 2004.
- Dictamen del Comité Económico y Social sobre la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”, (COM(2001) 257 final — 2001/0111 (COD)), (2002/C 149/12). Bruselas, 24 de abril de 2002 (DOCE C 149/46, de 21 de junio de 2002).
- Posición Común del Consejo de 27 de diciembre de 2001 sobre la aplicación medidas específicas de lucha contra el terrorismo, (2001/931/PESC). Bruselas, el 27 de diciembre de 2001 (DOCE L 344/93, de 28 de diciembre de 2001).
- Comisión Europea, “Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los requisitos y el estatuto al que pueden optar ciudadanos de países terceros y personas apátridas para ser refugiados o beneficiarios de otros tipos de protección internacional”, (2002/C 51 E/17) COM(2001) 510 final 2001/0207(CNS). Presentada por la Comisión el 30 de octubre de 2001 (DOCE C 51 E/325, 26 de febrero de 2002).
- Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999. Conclusiones de la Presidencia. Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm

Posición Común de 4 de marzo de 1996 definida por el Consejo, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativa a la aplicación armonizada de la definición del término «refugiado» conforme al artículo 1 de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (96/1 96/JAI). Bruselas, 4 de marzo de 1996 (*DOCE* N L 63/2, de 13 de marzo 1996).

5. ESPAÑA

Defensor del Pueblo, “Informe anual 2017. Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura”, Madrid, 2018.

Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española, Circular 1/2015 de 25 de mayo de 2015 “Argumentario a la sentencia de 23 abril de 2015 del TJUE”.

Ministerio de Interior, “Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE)”, 2014. Disponible en: http://www.interior.gob.es/documents/10180/1703283/REGLAMENTO_CIE.pdf/ff3f967a-a71e-4622-8f14-220043b27a04.

Orden de Servicio 6/2014 titulado “Dispositivo anti intrusión en la valla perimetral de Melilla y protocolo operativo de vigilancia de fronteras” firmado por el Coronel Jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla el 11 de abril de 2014.

Circular 1/2010, de 25 de enero, de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, Instrucciones sobre Determinadas Actuaciones Policiales Derivadas de la Nueva Ley 2/2009, de 11 de diciembre, que modifica la LO 4/2000, de 11 de enero, de Extranjería y Recordatorio de otras actuaciones.

Defensor del Pueblo, “Informe anual 2005 y debates en las Cortes Generales”, Madrid, 2006.

6. ONGs, ORGANISMOS DEDICADOS A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y A LA MIGRACIÓN

Amnistía Internacional, “Informe 2017 sobre la pena de muerte: Datos y cifras”, 12 de abril de 2018. Disponible en: https://www.es.amnesty.org/uploads/media/datos_y_cifras_2018.pdf

OI para las Migraciones, “Informe sobre las migraciones en el mundo 2018”, Ginebra, 2018, p. 81. Disponible en: http://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2018_sp.pdf

Servicio Jesuita a Migrantes-España, “Sufrimiento inútil”, Informe Anual 2017 sobre Centros de Internamientos de Extranjeros (CIE). Disponible en: <https://sjme.org/gallery/informe-cie-2017-de-sjm/>

Amnistía Internacional, “El Informe Global de condenas a muerte y ejecuciones en 2017 de Amnistía Internacional”. Disponible en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/temas/pena-de-muerte/>

Amnistía Internacional, “No Safe Refugee.Asylum-Seekers and Refugees Denied Effective Protection in Turkey”, junio 2016. Disponible en: <https://www.amnesty.org/en/documents/eur44/3825/2016/en/>.

Amnistía Internacional, “Italia: Sentencia «histórica» confirma derechos de los migrantes”, 24 de febrero de 2012. Disponible en <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/italia-sentencia-historica-confirma-derechos-de-los-migrantes/>

Amnistía Internacional, “Acuerdos peligrosos. Europa acepta «garantías diplomáticas» contra la tortura”, 2010. Disponible en:

<http://amnistiainternacional.org/publicaciones/107-acuerdos-peligrosos-europa-acepta-garantias-diplomaticas-contra-la-tortura.html>

Amnistía Internacional, Human Rights Watch y la Comisión Internacional de Juristas, “Rechazar en vez de regular. Llamamiento a los Estados miembros del COE para que no establezcan principios mínimos sobre el uso de garantías diplomáticas en las transferencias de personas a lugares en los que corren el riesgo de sufrir tortura y otros malos tratos”, 2 de diciembre de 2005. Disponible en: <http://www.amnesty.org/en/library/info/EUR18/004/2008/en>

Human Rights Watch, “Still at Risk: Diplomatic Assurances No Safeguard Against Torture”, Vol. 17, No. 4(D), abril 2005. Disponible en: <https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/eca0405.pdf>

Comisión internacional de juristas, “Assessing Damage, Urging Action. Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-terrorism and Human Rights”, Ginebra, 2009. Disponible en: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2012/04/Executive-Summary-of-the-Report-on-Terrorism-Counter-terrorism-and-Human-Rights-Eminent-Jurists-Panel-on-Terrorism-series-2009.pdf>

Center for Constitutional Rights, “The Story of Maher Arar: Rendition to torture”, disponible en: <https://ccrjustice.org/sites/default/files/assets/files/rendition%20to%20torture%20report.pdf>

7. PRENSA

TRT español, “Asamblea General de la ONU ratifica el Pacto Mundial sobre Migración con 152 votos a favor”, 20 de diciembre de 2018.

Comisión Europea – Comunicado de Prensa, “Estado de la Unión 2018: la Comisión propone los últimos elementos necesarios para alcanzar una fórmula transaccional en materia de migración y reforma de las fronteras”, 12 de septiembre de 2018. Disponible en: file:///C:/Users/User/Desktop/IP-18-5712_ES.pdf

Noticias del Parlamento Europeo, “MEPs support reforms to speed up assessment of asylum requests in the EU”, de 25 de abril de 2018. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20180423IPR02320/meps-support-reforms-to-speed-up-assessment-of-asylum-requests-in-the-eu>

Nota de prensa del Parlamento Europeo, “Mejorar el sistema europeo común de asilo”, 14 de julio de 2017. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/priorities/inmigracion/20170627STO78418/mejorar-el-sistema-europeo-comun-de-asilo>

El País, “La ONU pide a los países de la UE que no manden a Hungría asilados por su agresiva política migratoria”, 10 de abril de 2017. Disponible en: https://elpais.com/internacional/2017/04/10/actualidad/1491836487_121525.html

El País, “Miles de inmigrantes «encarcelados» para nada”, 20 de marzo de 2017. Disponible en: https://elpais.com/politica/2017/02/03/actualidad/1486132000_254307.html

El País, “España rechaza retener a los inmigrantes más de 60 días como pide Bruselas”, 8 de marzo de 2017. Disponible en: https://elpais.com/politica/2017/03/07/actualidad/1488894203_316002.html

El País, “Hungría detendrá sistemáticamente a todos los migrantes que entren ilegalmente”, 7 de marzo de 2017. Disponible en: https://elpais.com/internacional/2017/03/07/actualidad/1488884065_454748.html

El mundo, “España amenaza con bloquear el acuerdo con Turquía sobre los refugiados”,
14 de marzo de 2016. Disponible en:
<http://www.elmundo.es/espana/2016/03/14/56e68aa7ca4741a4158b45ae.html>
eldiario.es, “Frontera en Melilla: drama humanitario”, 20 de noviembre de 2013.
Disponible en: https://www.eldiario.es/desalambre/valla_de_melilla/
El País, “El tribunal de la UE invalida el delito de inmigración ilegal que aprobó Italia”,
29 de abril de 2011. Disponible en:
http://elpais.com/diario/2011/04/29/internacional/1304028017_850215.html



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

ANEXO DE JURISPRUDENCIA Y DECISIONES DE ÓRGANOS DE CONTROL

1. ÁMBITO DE NACIONES UNIDAS

1.1. Corte Internacional de Justicia

- CIJ, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012.
- CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010.
- CIJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Request for advisory opinion)*, Summary 2004/2, Opinion of 9 July 2004.
- CIJ, *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamuhiriya/Chad)*, Judgment, 1. C. J. Reports 1994.

1.2. Otros Tribunales Internacionales

- TPIY, Sala de Primera Instancia, 10 de diciembre de 1998, *Prosecutor c. Anto Furundzija*, caso n. IT-95-17/1-T.

1.3. Comité de Derechos Humanos

- CDH, comunicación n. 2162/2012, *Ambaryan c. Kirguistán*, CCPR/C/120/D/2162/2012, 28 de julio de 2017.
- CDH, comunicación n. 2608/2015, *R.A.A. y Z. M. c. Dinamarca*, CCPR/C/118/D/2608/2015, 28 de octubre de 2016.
- CDH, comunicación n. 2357/2014, *A. c. Dinamarca*, CCPR/C/116/D/2357/2014, 30 de marzo de 2016.
- CDH, comunicación n. 1937/2010, *Mansour Leghaei et al. c. Australia*, CCPR/C/113/D/1937/2010, 26 de marzo de 2015.
- CDH, comunicación n. 1875/2009, *M. G. C. c. Australia*, CCPR/C/113/D/1875/2009, 26 de marzo de 2015.
- CDH, comunicación n. 1973/2010, *Hew Raymond Griffiths c. Australia*, CCPR/C/112/D/1973/2010, 21 de octubre de 2014.
- CDH, comunicación n. 1955/2010, *Hamadie Al-Gertani c. Bosnia y Herzegovina*, CCPR/C/109/D/1955/2010, 1 de noviembre de 2013.
- CDH, comunicación n. 2094/2011, *F.K.A.G. y otros c. Australia*, CCPR/C/108/D/2094/2011, 26 de julio de 2013.
- CDH, comunicación n. 2136/2012, *M.M.M. y otros c. Australia*, CCPR/C/108/D/2136/2012, 25 de julio de 2013.
- CDH, comunicación n. 1465/2006, *Kaba c. Canadá*, CCPR/C/98/D/1465/2006, 25 de marzo de 2010.
- CDH, comunicaciones n. 1461/2006, 1462/2006, 1476/2006 y 1477/2006, *Zhakhongir Maksudov y otros c. Kirguistán*, CCPR/C/93/D/1461,1462,1476&1477/2006, 16 de julio de 2008.
- CDH, comunicación n. 915/2000, *Sultanova c. Uzbekistán*, CCPR/C/86/D/915/2000, 30 de marzo de 2006.

CDH, comunicación n. 1044/2002, *Davlatbibi Shukurova c. Tayikistán*, CCPR/C/86/D/1044/2002, 17 de marzo de 2006.

CDH, comunicación n. 913/2000, *Lawrence Chan c. Guyana*, CCPR/C/85/D/913/2000, 31 de octubre de 2005.

CDH, Comunicación n. 1167/2003, *Ramil Rayos c. Filipinas*, CCPR/C/81/D/1167/2003, 27 de julio de 2004.

CDH, comunicación n. 1069/2002, *Bakhtiyari c. Australia*, CCPR/C/79/D/1069/2002, 29 de octubre de 2003.

CDH, comunicación n. 781/1997, *Aliev c. Ucrania*, CCPR/C/78/D/781/1997, CCPR/C/78/D/781/1997, 7 de agosto de 2003.

CDH, comunicación n. 829/1998, *Roger Judge C. Canadá*, CCPR/C/78/D/829/1998, 5 de agosto 2003.

CDH, comunicación n. 900/1999, *C. c. Australia*, CCPR/C/76/D/900/1999, 28 de octubre de 2002.

CDH, comunicación n. 794/1998, *Jalloh c. Países Bajos*, CCPR/C/74/D/794/1998, 26 de marzo de 2002.

CDH, comunicación n. 930/2000, *Sr. Hendrick Winata y Sra. Li So Lan c. Australia*, CCPR/C/72/D/930/2000, 16 de agosto de 2001.

CDH, comunicación n. 833/1998, *Karker c. Francia*, CCPR/C/70/D/833/1998, 26 de octubre del 2000.

CDH, comunicación n. 558/1993, *Canepa c. el Canadá*, CCPR/C/59/D/558/1993, 20 de junio de 1997.

CDH, comunicación n. 560/1993, *A. c. Australia*, CCPR/C/59/D/560/1993, 3 de abril de 1997.

CDH, comunicación n. 538/1993, *Charles E. Stewart c. Canadá*, CCPR/C/58/D/538/1993, 1 de noviembre de 1996.

CDH, comunicación n. 305/1988, *Hugo van Alphen c. Países Bajos*, CCPR/C/39/D/305/1988, 23 de julio de 1990.

CDH, comunicación n. 155/1983, *Hammel c. Madagascar*, CCPR/C/29/D/155/1983, 3 de abril de 1987.

CDH, comunicación n. 52/1979, *Delia Saldias de Lopez c. Uruguay*, CCPR/C/13/D/52/1979, 29 de julio de 1981.

CDH, comunicación n. 58/1979, *Anna Maroufidou c. Suecia*, CCPR/C/12/D/58/1979, 9 de abril de 1981.

1.4. Comité contra la Tortura

CAT, comunicación n. 666/2015, *L.P. c. Australia*, CAT/C/59/D/666/2015, 1 de diciembre de 2016.

CAT, comunicación n. 658/2015, *Meron Fekade c. Suiza*, CAT/C/59/D/658/2015, 15 de noviembre de 2016.

CAT, comunicación n. 550/2013, *S.K. y otros c. Suecia*, CAT/C/54/D/550/2013, 8 de mayo de 2015.

CAT, comunicación n. 490/2012, *E.K.W. c. Finlandia*, CAT/C/54/D/490/2012, 4 de mayo de 2015.

CAT, comunicación n. 458/2011, *X. c. Dinamarca*, CAT/C/53/D/458/2011, 28 de noviembre de 2014.

CAT, comunicación n. 520/2012, *W.G.D. c. el Canadá*, CAT/C/53/D/520/2012, 26 de noviembre de 2014.

CAT, comunicación n. 321/2007, *Kwami Mopongo y otros c. Marruecos*, CAT/C/53/D/321/2007, 7 de noviembre de 2014.

CAT, comunicación n. 429/2010, *Sivagnanaratnam c. Dinamarca*, CAT/C/51/D/429/2010, 11 de noviembre de 2013.

CAT, comunicación n. 430/2010, *Abichou c. Alemania*, CAT/C/50/D/430/2010, 21 de mayo de 2013.

CAT, comunicación n. 444/2010, *Abdussamatov y otros c. Kazajstán*, CAT/C/48/D/444/2010, 1 de junio de 2012.

CAT, comunicación n. 424/2010, *M.Z.A. c. Suecia*, CAT/C/48/D/424/2010, 22 de mayo de 2012.

CAT, comunicación n. 428/2010, *Kalinichenko c. Marruecos*, CAT/C/47/D/428/2010, 25 de noviembre de 2011.

CAT, comunicación n. 333/2007, *T.I. c. el Canadá*, CAT/C/45/D/333/2007, 15 de noviembre de 2010.

CAT, comunicación n. 327/2007, *Boily c. Canadá*, CAT/C/47/D/327/2007, 14 de noviembre de 2011.

CAT, comunicación n. 344/2008, *A.M.A. c. Suiza*, CAT/C/45/D/344/2008, 12 de noviembre de 2010.

CAT, comunicación n. 356/2008, *N.S. c. Suiza*, CAT/C/44/D/356/2008, 6 de mayo de 2010.

CAT, comunicación n. 323/2007, *J. H. A. c. España*, CAT/C/41/D/323/2007, 10 de noviembre de 2008.

CAT, comunicación n. 297/2006, *Singh Sogi c. el Canadá*, CAT/C/39/D/297/2006, 16 de noviembre de 2007.

CAT, comunicación n. 281/2005, *Pelit c. Azerbaiyán*, CAT/C/38/D/281/2005, 1 de mayo de 2007.

CAT, comunicación n. 279/2005, *C.T. c. K.M. c. Suecia*, CAT/C/37/D/279/2005, 17 de noviembre de 2006.

CAT, comunicación n. 282/2005, *S.P.A. c. el Canadá*, CAT/C/37/D/282/2005, 7 de noviembre de 2006.

CAT, comunicación n. 1416/2005, *Alzery c. Suecia*, CCPR/C/88/D/1416/2005, 25 de octubre de 2006.

CAT, comunicación n. 258/2004, *Dadar c. el Canadá*, CAT/C/35/D/258/2004, 23 de noviembre de 2005.

CAT, comunicación n. 233/2003, *Agiza c. Suecia*, CAT/C/34/D/233/2003, 20 de mayo de 2005.

CAT, comunicación n. 226/2003, *T.A. c. Suecia*, CAT/C/34/D/226/2003, 6 de mayo de 2005.

CAT, comunicación n. 228/2003, *T.M. c. Suecia*, CAT/C/31/D/228/2003, 18 de noviembre de 2003.

CAT, comunicación n. 199/2002, *Attia c. Suecia*, CAT/C/31/D/199/2002, 17 de noviembre de 2003.

CAT, comunicación n. 201/2002, *M. V. c. los Países Bajos*, CAT/C/30/D/201/2002, 30 de mayo de 2003.

CAT, Comunicación n. 166/2000, *B.S. c. Canadá*, CAT/C/27/D/166/2000, 14 de noviembre de 2001.

CAT, comunicación n. 049/1996, *S. V. c. Canadá*, CAT/C/26/D/49/1996, 15 de mayo de 2001.

CAT, comunicación n. 120/1998, *Elmi c. Australia*, CAT/C/22/D/120/1998, 14 de mayo de 1999.

- CAT, comunicación n. 110/1998, *Nuñez Chipana c. Venezuela*, CAT/C/21/D/110/1998, 10 de noviembre de 1998.
- CAT, comunicación n. 083/1997, *G.R.B. c. Suecia*, CAT/C/20/D/83/1997, 15 de mayo de 1998.
- CAT, comunicación n. 34/1995, *Aemei c. Suiza*, CAT/C/18/D/34/1995, 9 de mayo de 1997.
- CAT, comunicación n. 39/1996, *Páez c. Suecia*, CAT/C/18/D/39/1996, 28 de abril de 1997.

2. ÁMBITO REGIONAL

2.1. Sistema Africano de Derechos Humanos

- Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, comunicación n. 212/98, *Amnesty International c. Zambia*, Twelfth Annual Activity Report, 1998-1999.
- Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, comunicación n. 159/96, *Union interafricaine des droits de l'homme, Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, Recontre africaine des droits de l'homme, Organisation nationale des droits de l'homme au Sénégal and Association malienne des droits de l'homme c. Angola*, Eleventh Annual Activity Report, 1997-1998.

2.2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

- CorteIDH, *Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas c. República Dominicana*. Sentencia de 28 de agosto de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
- CorteIDH, Opinión Consultiva OC-21/14, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. 19 de agosto de 2014.
- CorteIDH, *Caso familia Pacheco Tineo c. Estado Plurinacional de Bolivia*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
- CorteIDH. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Sentencia de 24 de octubre de 2012 (Fondo Reparaciones y Costas).
- CorteIDH, *Caso Vélez Loor c. Panamá*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
- Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra c. México*. Sentencia de 31 de agosto de 2010 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).
- CIDH, *Andrea Mortlock c. EEUU*, 25 de julio de 2008. (Admisibilidad y Fondo) Informe n. 63/08, caso 12.534.
- CorteIDH, *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa C. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- CorteIDH. *Lori Berenson Mejía c. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2004 (Fondo Reparaciones y Costas).
- Corte IDH. *Tibi y sus familiares c. Ecuador*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
- CorteIDH. *Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú*. Sentencia de 8 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- CorteIDH, Opinión Consultiva OC-18/03, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 17 de septiembre de 2003.

- CIDH, “Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos”, 22 octubre 2002, Doc. OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr.-
- CorteIDH, *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros c. Trinidad y Tobago*. Sentencia de 21 de junio de 2002 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- CorteIDH, Opinión Consultiva OC-16/99, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”. 1 de octubre de 1999.
- CIDH, Decisión de la Comisión en cuanto al mérito del caso 10.675, EEUU, 13 de marzo de 1997.
- CIDH, “Comité Haitiano de Derechos Humanos c. EEUU”, informe n. 51/96, 13 de marzo de 1997.

2.3. Sistema Europeo de Derechos Humanos

2.3.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- STEDH de 10 de julio de 2018, *X. c. Países Bajos*, demanda n. 14319/17.
- STEDH de 21 de junio de 2018, *S.Z. c. Grecia*, demanda n. 66702/13.
- STEDH de 19 de junio de 2018, *Kahadawa Arachchige y otros c. Chipre*, demandas nos. 16870/11, 16874/11 y 16879/11.
- STEDH de 5 de junio de 2018, *Amerkhanov c. Turquía*, demanda n. 16026/12.
- STEDH de 5 de junio de 2018, *Batykhairov c. Turquía*, demanda n. 69929/12.
- STEDH de 19 de abril 2018, *A.S. c. Francia*, demanda n. 46240/15.
- STEDH de 20 de marzo de 2018 (revisión), *Irlanda c. Reino Unido*, demanda n. 5310/71.
- STEDH de 7 de marzo de 2018, *S.F. y otros c. Bulgaria*, demanda n. 8138/16.
- STEDH de 1 de febrero de 2018, *M.A. c. Francia*, demanda n. 9373/15.
- STEDH de 25 de enero de 2018, *J.R. y otros c. Grecia*, demanda n. 22696/16.
- STEDH de 9 de enero de 2018, *X. c. Suecia*, demanda n. 36417/16.
- STEDH de 19 de diciembre de 2017, *A. c. Suiza*, demanda n. 60342/16.
- STEDH de 7 de diciembre de 2017, *D. L. c. Austria*, demanda n. 34999/16.
- STEDH de 7 de noviembre de 2017, *K.I. c. Rusia*, demanda n. 58182/14.
- STEDH de 3 de octubre de 2017, *N.D. y N.T. c. España*, demandas nos. 8675/15 y 8697/15.
- STEDH de 14 de septiembre de 2017, *Ndidi c. Reino Unido*, demanda n. 41215/14.
- STEDH de 22 de junio de 2017, *S.M.M. c. Reino Unido*, demanda n. 77450/12.
- STEDH de 20 de junio de 2017, *M.O. c. Suiza*, demanda n. 41282/16.
- STEDH de 13 de junio de 2017, *R.M. c. Turquía*, demanda n. 81681/12.
- STEDH de 1 de junio de 2017, *Külekci c. Austria*, demanda n. 30441/09.
- STEDH de 30 de mayo de 2017 (decisión de admisibilidad), *E.T. y N.T. c. Suiza e Italia*, demanda n. 79480/13.
- STEDH de 25 de abril de 2017, *Krasniqi c. Austria*, demanda n. 41697/12.
- STEDH de 4 de abril de 2017, *Thimothawes c. Bélgica*, demanda n. 39061/11.
- STEDH de 28 de marzo de 2017, *Z.A. y otros c. Rusia*, demandas nos. 61411/15, 61420/15, 61427/15, y 3028/16.
- STEDH de 14 de marzo de 2017, *Ilias y Ahmed c. Hungría*, demanda n. 47287/15.
- STEDH de 14 de marzo de 2017 (decisión de admisibilidad), *Justice OJEI c. Países Bajos*, demanda n. 64724/10.
- STEDH de 7 de marzo de 2017, *Kamenov c. Rusia*, demanda n. 17570/15.
- STEDH de 14 de febrero de 2017, *S.K. c. Rusia*, demanda n. 52722/15.
- STEDH de 26 de enero de 2017, *Khamidkariyev c. Rusia*, demanda n. 42332714.
- STEDH de 26 de enero de 2017, *X. c. Suiza*, demanda n. 16744/14.

STEDH de 24 de enero de 2017, *Khamtokhu y Aksenchik c. Rusia*, demandas nos. 60367/08 y 961/11.

STEDH de 12 de enero de 2017, *Abuhmaid c. Ucrania*, demanda n. 31183/13.

STEDH de 12 de enero de 2017, *Kebe y otros c. Ucrania*, demanda n. 12552/12.

STEDH de 20 de diciembre de 2016, *Berdzenishvili y otros c. Rusia*, demanda nos. 14594/07, 14597/07, 14976/07, 14978/07, 15221/07, 16369/07 y 16706/07.

STEDH de 20 de diciembre de 2016, *Dzidzava c. Rusia*, demanda n. 16363/07.

STEDH de 20 de diciembre de 2016, *Shioshvili y otros c. Rusia*, demanda n. 19356/07.

STEDH de 15 de diciembre de 2016, *Khlaifia y otros c. Italia*, demanda n. 16483/12.

STEDH de 13 de diciembre de 2016, *Paposhvili c. Bélgica*, demanda n. 41738/10.

STEDH de 1 de diciembre de 2016, *Salem c. Dinamarca*, demanda n. 77036/11.

STEDH de 22 de noviembre de 2016, *Abdullahi Elmi y Aweys Abubakar c. Malta*, demanda nos. 25794/13 28151/13.

STEDH de 8 de noviembre de 2016, *Ustinova c. Rusia*, demanda n. 7994/14.

STEDH de 25 de octubre de 2016, *Dzhurayev y Shalkova c. Rusia*, demanda n. 1056/15.

STEDH de 13 de octubre de 2016, *B.A.C. c. Grecia*, demanda n. 11981/15.

STEDH de 6 de octubre de 2016, *Pivovarnik c. Ucrania*, demanda n. 29070/15.

STEDH de 4 de octubre de 2016 (decisión de admisibilidad), *M.A.-M. y otros c. Finlandia*, demanda n. 32275/15.

STEDH de 13 de septiembre de 2016 (decisión de admisibilidad), *F.M. y otros c. Dinamarca*, demanda n. 20159/16.

STEDH de 6 de septiembre de 2016, *Alimov c. Turquía*, demanda n. 14344/13.

STEDH de 23 de agosto de 2016, *J.K. y otros. Suecia*, demanda n. 59166/12.

STEDH de 26 de julio de 2016, *U.N. c. Rusia*, demanda n. 14348/15.

STEDH de 12 de julio de 2016, *A.B. y otros c. Francia*, demanda n. 11593/12.

STEDH de 12 de julio de 2016, *A.M. c. Francia*, demanda n. 56324/13.

STEDH de 12 de julio de 2016, *A.M. y otros c. Francia*, demanda n. 24587/12.

STEDH de 12 de julio de 2016, *R.C. y V.C. c. Francia*, demanda n. 76491/14.

STEDH de 12 de julio de 2016, *R.K. y otros c. Francia*, demanda n. 68264/14.

STEDH de 12 de julio de 2016, *R.M. y otros c. Francia*, demanda n. 33201/11.

STEDH de 7 de julio de 2016, *R.V. c. Francia*, demanda n. 78514/14.

STEDH de 5 de julio de 2016, *A.M. c. Países Bajos*, demanda n. 29094/09.

STEDH de 5 de julio de 2016, *Jeronovičs c. Letonia*, demanda n. 44898/10.

STEDH de 30 de junio de 2016, *Taddeucci y McCall c. Italia*, demanda n. 51362/09.

STEDH de 19 de junio de 2016, *M.D. y M.A. c. Bélgica*, demanda n. 58689/12.

STEDH de 16 de junio de 2016, *R.D. c. Francia*, demanda n. 34648/14.

STEDH de 7 de junio de 2016, *R.B.A.B. y otros c. Países Bajos*, demanda n. 7211/06.

STEDH de 2 de junio de 2016, *Yunusova y Yunusov c. Azerbaiyán*, demanda n. 59620/14.

STEDH de 24 de mayo de 2016, *Biao c. Dinamarca*, demanda n. 38590/10.

STEDH de 19 de mayo de 2016, *J.N. c. Reino Unido*, demanda n. 37289/12.

STEDH de 19 de mayo de 2016, *Kolonja c. Grecia*, demanda n. 49441/12.

STEDH de 10 de mayo de 2016, *Babajanov c. Turquía*, demanda n. 49867/08.

STEDH de 26 de abril de 2016, *Seagal c. Chipre*, demanda n. 50756/13

STEDH de 24 de marzo de 2016, *Sharma c. Letonia*, demanda n. 28026/05.

STEDH de 23 de marzo de 2016, *F.G. c. Suecia*, demanda n. 43611/11.

STEDH de 14 de marzo de 2016, *Turgunov c. Rusia*, demanda n. 15590/14.

STEDH de 1 de marzo de 2016, *Andrey Lavrov c. Rusia*, demanda n. 66252/14.

STEDH de 23 de febrero de 2016, *Nasr y Ghali c. Italia*, demanda n. 44883/09.

STEDH de 11 de febrero de 2016, *R.T. c. Grecia*, demanda n. 5124/11.

STEDH de 26 de enero de 2016, *R. c. Rusia*, demanda n. 11916/15.

STEDH de 19 de enero de 2016, *Sow. c. Bélgica*, demanda n. 27081/13.

STEDH de 12 de enero de 2016, *A.G.R. c. Países Bajos*, demanda n. 13442/08.

STEDH de 12 de enero de 2016, *Moxamed Ismaaciil y Abdirahman Warsame c. Malta*, demandas nos. 52160/13 y 52165/13.

STEDH de 12 de enero de 2016, *M.R.A. y otros c. Países Bajos*, demanda n. 46856/07.

STEDH de 12 de enero de 2016, *S.D.M. y otros c. Países Bajos*, demanda n. 8161/07.

STEDH de 12 de enero de 2016, *S.S. c. Países Bajos*, demanda n. 39575/06.

STEDH de 8 de diciembre de 2015, *Z.H. y R.H. c. Suiza*, demanda n. 60119/12.

STEDH de 4 de diciembre de 2015, *Roman Zakharov c. Rusia*, demanda n. 47143/06.

STEDH de 1 de diciembre de 2015, *Tadzhibayev c. Rusia*, demanda n. 17724/14.

STEDH de 26 de noviembre de 2015, *Mahamed Jama c. Malta*, demanda n. 10290/13.

STEDH de 17 de noviembre de 2015, *Bamouhammad c. Bélgica*, demanda n. 47687/13.

STEDH de 29 de octubre de 2015, *A.L. (X.W.) c. Rusia*, demanda n. 44095/14.

STEDH de 15 de octubre de 2015, *Belozorov c. Rusia y Ucrania*, demanda n. 43611/02.

STEDH de 15 de octubre de 2015, *L.M. y otros c. Rusia*, demandas nos. 40081/14, 40088/14 y 40127/14.

STEDH de 15 de octubre de 2015, *Nabid Andullayed c. Rusia*, demanda n. 8474/14.

STEDH de 28 de septiembre de 2015, *Bouyid c. Bélgica*, demanda n. 23380/09.

STEDH de 22 de septiembre de 2015 (decisión de admisibilidad), *A.E. c. Finlandia*, demanda n. 30953/11.

STEDH de 22 de septiembre de 2015, *Nabil y otros c. Hungría*, demanda n. 62116/12.

STEDH de 19 de septiembre de 2015, *R.H. c. Suecia*, demanda n. 4601/14.

STEDH de 23 de julio de 2015, *Patranin c. Rusia*, demanda n. 12983/14.

STEDH de 21 de julio de 2015, *A.H. y J.K. c. Chipre*, demandas nos. 41903/10 y 41911/10.

STEDH de 21 de julio de 2015, *H.S. y otros c. Chipre*, demanda n. 41753/10.

STEDH de 21 de julio de 2015, *K.F. c. Chipre*, demanda n. 41858/10.

STEDH de 21 de julio de 2015, *Nassr Allah c. Letonia*, demanda n. 66166/13.

STEDH de 9 de julio de 2015, *R.K. c. Francia*, demanda n. 61264/11.

STEDH de 7 de julio de 2015, *V. M. y otros c. Bélgica*, demanda n. 60125/11.

STEDH de 30 de junio de 2015, *A.S. c. Suiza*, demanda n. 39350/13.

STEDH de 16 de junio de 2015, *Sargsyan c. Azerbaiyán*, demanda n. 40167/06.

STEDH de 2 de junio de 2015, *K.M. c. Suiza*, demanda n. 6009/10.

STEDH de 2 de junio de 2015, *Ouabour c. Bélgica*, demanda n. 26417/10.

STEDH de 21 de mayo de 2015, *Mukhitdinov c. Rusia*, demanda n. 20999/14.

STEDH de 23 de abril de 2015, *Khan c. Alemania*, demanda n. 38030/12.

STEDH de 16 de abril de 2015, *Khamrakulov c. Rusia*, demanda n. 68894/13.

STEDH de 14 de abril de 2015, *Tatar c. Suiza*, demanda n. 65692/12.

STEDH de 8 de abril de 2015, *M.E. c. Suecia*, demanda n. 71398/12.

STEDH de 8 de abril de 2015, *W.H. c. Suecia*, demanda n. 49341/10.

STEDH de 7 de abril de 2015 (decisión de admisibilidad), *Khachatryan c. Bélgica*, demanda n. 72597/10.

STEDH de 2 de abril de 2015, *Sarközi y Mahran c. Austria*, demanda n. 27945/10.

STEDH de 19 de marzo de 2015, *S.J. c. Bélgica*, demanda n. 70055/10.

STEDH de 26 de febrero de 2015, *Khalikov c. Rusia*, demanda n. 66373/13.

STEDH de 26 de febrero de 2015, *M.T. c. Suecia*, demanda n. 1412/12.

STEDH de 15 de enero de 2015, *A.A. c. Francia*, demanda n. 18039/11.

STEDH de 15 de enero de 2015, *A.F. c. Francia*, demanda n. 80086/13.

STEDH de 15 de enero de 2015, *Eshonkulov c. Rusia*, demanda n. 68900/13.

STEDH de 15 de enero de 2015, *Mahammad y otros c. Grecia*, demanda n. 48352/12.

STEDH de 13 de enero de 2015 (decisión de admisibilidad), *A.M.E. c. Países Bajos*, demanda n. 51428/10.

STEDH de 25 de noviembre de 2014 (decisión de admisibilidad), *V.S. y otros c. Francia*, demanda n. 35226/11.

STEDH de 20 de noviembre de 2014, *Jaloud c. Países Bajos*, demanda n. 47708/08.

STEDH de 18 de noviembre de 2014, *Senchishak c. Finlandia*, demanda n. 5049/12.

STEDH de 4 de noviembre de 2014, *Tarakhel c. Suiza*, demanda n. 29217/12.

STEDH de 23 de octubre de 2014, *Mamazhonov c. Rusia*, demanda n. 17239/13.

STEDH de 21 de octubre de 2014, *Musaev c. Turquía*, demanda n. 72754/11.

STEDH de 21 de octubre de 2014, *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, demanda n. 16643/09.

STEDH de 21 de octubre de 2014, *T. y A. c. Turquía*, demanda n. 47146/11.

STEDH de 16 de octubre de 2014, *Adeishvili (Mazmishvili) c. Rusia*, demanda n. 43553/10.

STEDH de 3 de octubre de 2014, *Jeunesse c. Países Bajos*, demanda n. 12738/10.

STEDH de 30 de septiembre de 2014, *Bulgaru c. Republica de Moldavia*, demanda n. 35840/09.

STEDH de 17 de septiembre de 2014, *Mocanu y otros c. Rumania*, demandas nos 10865/09, 45886/07 and 32431/08.

STEDH de 16 de septiembre de 2014 (decisión de admisibilidad), *Abdi Ahmed y otros c. Malta*, demanda n. 43985/13.

STEDH de 4 de septiembre de 2014, *M.V. y M.T. c. Francia*, demanda n. 17897/09.

STEDH de 4 de septiembre de 2014, *Trabelsi c. Bélgica*, demanda n. 140/10.

STEDH de 31 de julio de 2014, *F.H. c. Grecia*, demanda n. 78456/11.

STEDH de 31 de julio de 2014, *Tatishvili c. Grecia*, demanda n. 26452/11.

STEDH de 31 de julio de 2014, *Tershiyev c. Azerbaiyán*, demanda n. 10226/13.

STEDH de 24 de julio de 2014, *Al Nashiri c. Polonia*, demanda n. 28761/11.

STEDH de 24 de julio de 2014, *Husayn (Abu Zubaydah) c. Polonia*, demanda n. 7511/13.

STEDH de 24 de julio de 2014, *Kaplan y otros c. Noruega*, demanda n. 32504/11.

STEDH de 24 de julio de 2014, *Mamadaliyev c. Rusia*, demanda n. 5614/13.

STEDH de 22 de julio de 2014, *A.D. y otros c. Turquía*, demanda n. 22681/09.

STEDH de 17 de julio de 2014, *Kadirzhanov y Mamashev c. Rusia*, demandas n. 42351/13 y 47823/13.

STEDH de 17 de julio de 2014, *Kim c. Rusia*, demanda n. 44260/13.

STEDH de 16 de julio de 2014, *Ališić y otros c. Bosnia y Herzegovina, Croacia, Serbia, Eslovenia y la antigua República Yugoslava de Macedonia*, demanda n. 60642/08.

STEDH de 10 de julio de 2014, *Rakhimov c. Rusia*, demanda n. 50552/13.

STEDH de 10 de julio de 2014, *Senigo Longue y otros c. Francia*, demanda n. 19113/09.

STEDH de 8 de julio de 2014, *M.P.E.V. y otros c. Suiza*, demanda n. 3910/13.

STEDH de 3 de julio de 2014, *Georgia c. Rusia (I)*, demanda n. 13255/07.

STEDH de 3 de julio de 2014, *Mohammadi c. Austria*, demanda n. 71932/12.

STEDH de 1 de julio de 2014, *S.A.S. c. Francia*, demanda n. 43835/11.

STEDH de 26 de junio de 2014, *Egamberdiyev c. Rusia*, demanda n. 34742/13.

STEDH de 26 de junio de 2014, *Gablshvili c. Rusia*, demanda n. 39428/12.

STEDH de 24 de junio de 2014, *Ukaj c. Suiza*, demanda n. 32493/08.

STEDH de 24 de junio 2014, *Yarashonen c. Turquía*, demanda n. 72710/11.

STEDH de 28 de mayo de 2014, *Akram Karimov c. Rusia*, demanda n. 62892/12.

STEDH de 7 de mayo de 2014, *Safaii c. Austria*, demanda n. 44689/09.

STEDH de 7 de mayo de 2014, *Nizamov y otros c. Rusia*, demandas nos. 22636/13, 24034/13, 24334/13 y 24528/13.

STEDH de 22 de abril de 2014, *A.C. y otros c. España*, demanda n. 6528/11.

STEDH de 17 de abril de 2014, *Gayratbek Saliyev c. Rusia*, demanda n. 39093/13.
 STEDH de 17 de abril de 2014, *Ismailov c. Rusia*, demanda n. 20110/13.
 STEDH de 15 de abril de 2014, *Asalya c. Turquía*, demanda n. 43875/09.
 STEDH de 3 de abril de 2014, *A.A.M. c. Suecia*, demanda n. 68519/10.
 STEDH de 3 de abril de 2014, *Oshlakov c. Rusia*, demanda n. 56662/09.
 STEDH de 25 de marzo de 2014, *Biao c. Dinamarca*, demanda n. 38590/10.
 STEDH de 25 de marzo de 2014, *Palanci c. Suiza*, demanda n. 2607/08.
 STEDH de 27 de febrero de 2014, *Zarmayev c. Bélgica*, demanda n. 35/10.
 STEDH de 7 de enero de 2014, *A.A. c. Suiza*, demanda n. 58802/12.
 STEDH de 19 de diciembre de 2013, *T.A. c. Suecia*, demanda n. 48866/10.
 STEDH de 19 de diciembre de 2013, *T.K.H c. Suecia*, demanda n. 1231/11.
 STEDH de 12 de diciembre de 2013, *Khuroshvili c. Grecia*, demanda n. 58165/10.
 STEDH de 26 de noviembre de 2013, *Vasquez c. Suiza*, demanda n. 1785/08.
 STEDH de 14 de noviembre de 2013, *Chankayev c. Azerbaiyán*, demanda n. 56688/12.
 STEDH de 14 de noviembre de 2013, *Kasymakhunov c. Rusia*, demanda n. 29604/12.
 STEDH de 24 de octubre de 2013, *Housein c. Grecia*, demanda n. 71825/11.
 STEDH de 17 de octubre de 2013, *Budrevich c. Republica Checa*, demanda n. 65303/10.
 STEDH de 3 de octubre de 2013, *Nizomkhon Dzhurayev c. Rusia*, demanda n. 31890/11.
 STEDH de 19 de septiembre de 2013, *R.J. c. Francia*, demanda n. 10466/11.
 STEDH de 5 de septiembre de 2013, *K.A.B. c. Suecia*, demanda n. 886/11.
 STEDH de 1 de agosto de 2013, *Horshill c. Grecia*, demanda n. 70427/11.
 STEDH de 23 de julio de 2013, *Aden Ahmed c. Malta*, demanda n. 55352/12.
 STEDH de 23 de julio de 2013, *M.A. c. Chipre*, demanda n. 41872/10.
 STEDH de 23 de julio de 2013, *Suso Musa c. Malta*, demanda n. 42337/12.
 STEDH de 27 de junio de 2013, *D.N.M. c. Suecia*, demanda n. 28379/11.
 STEDH de 27 de junio de 2013, *M.K.N. c. Suecia*, demanda n. 72413/10.
 STEDH de 27 de junio de 2013, *M.Y.H. y otros c. Suecia*, demanda n. 50859/10.
 STEDH de 27 de junio de 2013, *N.M.Y. c. y otros c. Suecia*, demanda n. 72686/10.
 STEDH de 27 de junio de 2013, *S.A. c. Suecia*, demanda n. 66523/10.
 STEDH de 20 de junio de 2013, *Sidikovy c. Rusia*, demanda n. 73455/11.
 STEDH de 18 de junio de 2013 (decisión de admisibilidad), *Abubeker c. Austria e Italia*,
 demanda n. 73874/11.
 STEDH de 18 de junio de 2013 (decisión de admisibilidad), *Halimi c. Austria e Italia*,
 demanda n. 53852/11.
 STEDH de 13 de junio de 2013, *A.F. c. Grecia*, demanda n. 53709/11.
 STEDH de 6 de junio de 2013, *M.E. c. Francia*, demanda n. 50094/10.
 STEDH de 6 de junio de 2013, *Mohammed c. Austria*, demanda n. 2283/12.
 STEDH de 1 de junio de 2013, *Hasanbasic c. Suiza*, demanda n. 52166/09.
 STEDH de 23 de mayo de 2013, *K. c. Rusia*, demanda n. 69235/11.
 STEDH de 30 de abril de 2013 (decisión de admisibilidad), *Kochieva y otros c. Suecia*,
 demanda n. 75203/12.
 STEDH de 25 de abril de 2013, *Savriddin Dzhurayev c. Rusia*, demanda n. 71386/10.
 STEDH de 18 de abril de 2013, *Azimov c. Rusia*, demanda n. 67474/11.
 STEDH de 16 de abril de 2013, *Udeh c. Suiza*, demanda n. 12020/09.
 STEDH de 11 de abril de 2013, *Firoz Muneer c. Bélgica*, demanda n. 56005/10.
 STEDH de 2 de abril de 2013 (decisión de admisibilidad), *Mohammed Hussein c. Países
 Bajos*, demanda n. 27725/10.
 STEDH de 14 de marzo de 2013, *Salakhov e Islyamova c. Ucrania*, demanda n. 28005/08.
 STEDH de 19 de febrero de 2013, *Yefimova c. Rusia*, demanda n. 39786/09.
 STEDH de 12 de febrero de 2013, *Amie y otros c. Bulgaria*, demanda n. 58149/08.

STEDH de 5 de febrero de 2013, *Zokhidov c. Rusia*, demanda n. 67286/10.
 STEDH de 29 de enero de 2013, *S.H.H. c. Reino Unido*, demanda n. 60367/10.
 STEDH de 15 de enero de 2013, *Eweida y otros c. Reino Unido*, demandas nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10.
 STEDH de 13 de diciembre de 2012, *De Souza Ribeiro c. Francia*, demanda n. 22689/07.
 STEDH de 13 de diciembre de 2012, *El-Masri c. la antigua República Yugoslava de Macedonia*, demanda n. 39630/09.
 STEDH de 6 de diciembre de 2012, *D.N.W. c. Suecia*, demanda n. 29946/10.
 STEDH de 15 de noviembre de 2012, *Kissiwa Koffi c. Suiza*, demanda n. 38005/07.
 STEDH de 6 de noviembre de 2012, *Hode y Abdi c. Reino Unido*, demanda n. 22341/09.
 STEDH de 23 de octubre de 2012, *Al-Tayyar Abdelhakim c. Hungría*, demanda n. 13058/11.
 STEDH de 23 de octubre de 2012, *Hendrin Ali Said y Aras Ali Said c. Hungría*, demanda n. 13457/11.
 STEDH de 19 de octubre de 2012, *Catan y otros c. Moldavia y Rusia*, demandas nos. 43370/04, 8252/05 y 18454/06.
 STEDH de 16 de octubre de 2012, *Rakhmonov c. Rusia*, demanda n. 50031/11.
 STEDH de 2 de octubre de 2012, *Abdulkhakov c. Rusia*, demanda n. 14743/11.
 STEDH de 2 de octubre de 2012, *Knecht c. Rumania*, demanda n. 10048/10.
 STEDH de 25 de septiembre de 2012, *Ahmade c. Grecia*, demanda n. 50520/09.
 STEDH de 25 de septiembre de 2012, *Rrapo c. Albania*, demanda n. 58555/10.
 STEDH de 18 de septiembre de 2012, *Umirov c. Rusia*, demanda n. 17455/11.
 STEDH de 12 de septiembre de 2012, *Nada c. Suiza*, demanda n. 10593/08.
 STEDH de 31 de julio de 2012, *Alikhonov c. Rusia*, demanda n. 35692/11.
 STEDH de 31 de julio de 2012, *Mahmundi y otros c. Grecia*, demanda n. 14902/10.
 STEDH de 10 de julio de 2012 (decisión de admisibilidad), *A.S.B. c. Países Bajos*, demanda n. 4854/12.
 STEDH de 10 de julio de 2012, *B. c. Bélgica*, demanda n. 4320/11.
 STEDH de 3 de julio de 2012, *Rustamov c. Rusia*, demanda n. 11209/10.
 STEDH de 3 de julio de 2012, *Samsonnikov c. Estonia*, demanda n. 52178/10.
 STEDH de 26 de junio de 2012, *Kurić c. Eslovenia*, demanda n. 26828/06.
 STEDH de 12 de junio de 2012, *Bajsultanov c. Austria*, demanda n. 54131/10.
 STEDH de 5 de junio de 2012, *Kozhayev c. Rusia*, demanda n. 60045/10.
 STEDH de 5 de junio de 2012, *Shakurov c. Rusia*, demanda n. 55822/10.
 STEDH de 15 de mayo de 2012, *H.N. c. Suecia*, demanda n. 30720/09.
 STEDH de 15 de mayo de 2012, *Labsi c. Eslovaquia*, demanda n. 33809/08.
 STEDH de 15 de mayo de 2012, *Nacic y otros c. Suecia*, demanda n. 16567/10.
 STEDH de 10 de mayo de 2012 (decisión de admisibilidad), *E.O. c. Italia*, demanda n. 34724/10.
 STEDH de 10 de mayo de 2012, *Madah y otros c. Bulgaria*, demanda n. 45237/08.
 STEDH de 10 de mayo de 2012, *Rahmani y Dineva c. Bulgaria*, demanda n. 20116/08.
 STEDH de 2 de mayo de 2012, *M.S. c. Reino Unido*, demanda n. 24527/08.
 STEDH de 26 de abril de 2012, *Molotchko c. Ucrania*, demanda n. 12275/10.
 STEDH de 16 de abril de 2012, *Aswat c. Reino Unido*, demanda n. 17299/12.
 STEDH de 14 de abril de 2012, *Mathloom c. Grecia*, demanda n. 4883/07.
 STEDH de 10 de abril de 2012, *Babar Ahmad y otros c. Reino Unido*, demandas nos. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 y 67354/09.
 STEDH de 10 de abril de 2012, *Balogun c. Reino Unido*, demanda n. 60286/09.
 STEDH de 27 de marzo de 2012, *Mannai c. Italia*, demanda n. 9961/10.
 STEDH de 22 de marzo de 2012, *Ahrens c. Alemania*, demanda n. 45071/09.

STEDH de 22 de marzo de 2012, *Konstantin Markin c. Rusia*, demanda n. 30078/06.
 STEDH de 20 de marzo de 2012, *Yoh-Ekale Mwanje c. Bélgica*, demanda n. 10486/10.
 STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, demanda n. 27765/09.
 STEDH de 21 de febrero de 2012, *Buzilo c. Moldavia*, demanda n. 52643/07.
 STEDH de 21 de febrero de 2012 (decisión de admisibilidad), *Chentiev e Ibragimov c. Eslovaquia*, demanda n. 65916/10.
 STEDH de 14 de febrero de 2012, *Antwi y otros c. Noruega*, demanda n. 26940/10.
 STEDH de 7 de febrero de 2012, *Al Hamdani c. Bosnia y Herzegovina*, demanda n. 31098/10.
 STEDH de 7 de febrero de 2012, *Al Husin c. Bosnia y Herzegovina*, demanda n. 3727/08.
 STEDH de 2 de febrero de 2012, *I.M. c. Francia*, demanda n. 9152/09.
 STEDH de 21 de enero de 2012, *M.S. c. Bélgica*, demanda n. 50012/08.
 STEDH de 19 de enero de 2012, *Popov c. Francia*, demanda n. 39472/07 y 39474/07.
 STEDH de 17 de enero de 2012, *Harkins y Edwards c. Reino Unido*, demandas n. 9146/07 y 32650/07.
 STEDH de 17 de enero de 2012, *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, demanda n. 8139/09.
 STEDH de 17 de enero de 2012, *Takush c. Grecia*, demanda n. 2853/09.
 STEDH de 10 de enero de 2012, *Ananyev y otros c. Rusia*, demandas nos. 42525/07 y 60800/08.
 STEDH de 20 de diciembre de 2011, *A.H. Khan c. Reino Unido*, demanda n. 6222/10.
 STEDH de 20 de diciembre de 2011, *J.H. c. Reino Unido*, demanda n. 48839/09.
 STEDH de 13 de diciembre de 2011, *Kanagaratnam y otros c. Bélgica*, demanda n. 15297/09.
 STEDH de 22 de noviembre de 2011, *Makharadze y Sikharulidze c. Georgia*, demanda n. 35254/07.
 STEDH de 15 de noviembre de 2011, *Al Hanchi c. Bosnia y Herzegovina*, demanda n. 48205/09.
 STEDH de 15 de noviembre de 2011, *Longa Yonkeu c. Letonia*, demanda n. 57229/09.
 STEDH de 10 de noviembre de 2011, *Mokallal c. Ucrania*, demanda n. 19246/10.
 STEDH de 8 de noviembre de 2011, *Halat c. Turquía*, demanda n. 23607/08.
 STEDH de 8 de noviembre de 2011, *Yakubov c. Rusia*, demanda n. 7265/10.
 STEDH de 3 de noviembre de 2011, *Arvelo Aponte c. Países Bajos*, demanda n. 28770/05.
 STEDH de 20 de octubre de 2011, *Samina c. Suecia*, demanda n. 55463/09.
 STEDH de 13 de octubre de 2011, *Husseini c. Suecia*, demanda n. 10611/09.
 STEDH de 11 de octubre de 2011, *Auad c. Bulgaria*, demanda n. 46390/10.
 STEDH de 11 de octubre de 2011, *Emre c. Suiza (n.2)*, demanda n. 5056/10.
 STEDH de 4 de octubre de 2011, *Mete y otros c. Turquía*, demanda n. 294/08.
 STEDH de 27 de septiembre de 2011, *Alim c. Rusia*, demanda n. 39417/07.
 STEDH de 22 de septiembre de 2011, *H.R. c. Francia*, demanda n. 64780/09.
 STEDH de 20 de septiembre de 2011, *A.A. c. Reino Unido*, demanda n. 8000/08.
 STEDH de 20 de septiembre de 2011, *Lokpo y Toure c. Hungría*, demanda n. 10816/10.
 STEDH de 20 de septiembre de 2011 (decisión de admisibilidad), *Omeredo c. Austria*, demanda n. 8969/10.
 STEDH de 20 de septiembre de 2011, *Ullens de Schooten y Rezabek c. Bélgica*, demandas nos. 3989/07 y 38353/07.
 STEDH de 26 de julio de 2011, *Liu c. Rusia (n.2)*, demanda n. 29157/09.
 STEDH de 26 de julio de 2011, *M. y otros c. Bulgaria*, demanda n. 41416/08.
 STEDH de 12 de julio de 2011, *Baltaji c. Bulgaria*, demanda n. 12919/04.
 STEDH de 7 de julio de 2011, *Al- Skeini y otros c. Reino Unido*, demanda n. 55721/07.

STEDH de 7 de julio de 2011, *Bayatyan c. Armenia*, demanda n. 23459/03.
 STEDH de 28 de junio de 2011, *Nunez c. Noruega*, demanda n. 55597/09.
 STEDH de 28 de junio de 2011, *Sufi y Elmi c. Reino Unido*, demanda nos. 8319/07 y 11449/07.
 STEDH de 23 de junio de 2011, *Diallo c. República Checa*, demanda n. 20493/07.
 STEDH de 21 de junio de 2011, *Adamov c. Suiza*, demanda n. 3052/06.
 STEDH de 20 de junio de 2011, *De Souza Ribeiro c. France*, demanda n. 22689/07.
 STEDH de 14 de junio de 2011, *Osman c. Dinamarca*, demanda n. 38058/09.
 STEDH de 7 de junio de 2011, *R.U. c. Grecia*, demanda n. 2237/08.
 STEDH de 24 de mayo de 2011, *Abou Amer c. Rumania*, demanda n. 14521/03.
 STEDH de 17 de mayo de 2011 (decisión de admisibilidad), *Izevbekhai y otros c. Irlanda*, demanda n. 43408/08.
 STEDH de 5 de abril de 2011, *Rahimi c. Grecia*, demanda n. 8687/08.
 STEDH de 5 de abril de 2011, *Toumi c. Italia*, demanda n. 25716/09.
 STEDH de 31 de marzo de 2011, *Nowak c. Ucrania*, demanda n. 60846/10.
 STEDH de 3 de marzo de 2011, *Elmuratov c. Rusia*, demanda n. 66317/09.
 STEDH de 15 de febrero de 2011, *Geleri c. Rumania*, demanda n. 33118/05.
 STEDH de 8 de febrero de 2011, *Seferovic c. Italia*, demanda n. 12921/04.
 STEDH de 1 de febrero de 2011 (decisión de admisibilidad), *Dritsas c. Italia*, demanda n. 2344/02.
 STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n. 30696/09.
 STEDH de 20 de enero de 2011, *N. S. c. Dinamarca*, demanda n. 58359/08.
 STEDH de 20 de enero de 2011, *S.S. y otros c. Dinamarca*, demanda n. 54703/08.
 STEDH de 11 de enero de 2011, *Darvas c. Hungría*, demanda n. 19547/07.
 STEDH de 21 de diciembre de 2010, *Anayo c. Alemania*, demanda n. 20578/07.
 STEDH de 4 de noviembre de 2010, *Sultanov c. Rusia*, demanda n. 15303/09.
 STEDH de 21 de octubre de 2010, *Gaforov c. Rusia*, demanda n. 25404/09.
 STEDH de 18 de octubre de 2010, *Bubullima c. Grecia*, demanda n. 41533/08.
 STEDH de 2 de septiembre de 2010, *Kaushal y otros c. Bulgaria*, demanda n. 1537/08.
 STEDH de 2 de septiembre de 2010, *Y.P. y L.P. c. Francia*, demanda n. 32476/06.
 STEDH de 29 de julio de 2010, *Agraw c. Suiza*, demanda n. 3295/06.
 STEDH de 29 de julio de 2010, *Karimov c. Rusia*, demanda n. 54219/08.
 STEDH de 27 de julio de 2010, *Louled Massoud c. Malta*, demanda n. 24340/08.
 STEDH de 22 de julio de 2010, *A.A. c. Grecia*, demanda n. 12186/08.
 STEDH de 20 de julio de 2010, *A. c. Países Bajos*, demanda n. 4900/06.
 STEDH de 20 de julio de 2010, *N. c. Suecia*, demanda n. 23505/09.
 STEDH de 13 de julio de 2010, *Ahmed c. Rumania*, demanda n. 34621/03.
 STEDH de 13 de julio de 2010, *Dbouba c. Turquía*, demanda n. 15916/09.
 STEDH de 8 de julio de 2010, *Abdulazhon Isakov c. Rusia*, demanda n. 14049/08.
 STEDH de 8 de julio de 2010, *Yuldashev c. Rusia*, demanda n. 1248/09.
 STEDH de 6 de julio de 2010, *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, demanda n. 41615/07.
 STEDH de 24 de junio de 2010, *Schalk y Kopf c. Austria*, demanda n. 30141/04.
 STEDH de 17 de junio de 2010, *Kolesnik c. Rusia*, demanda n. 26876/08.
 STEDH de 15 junio de 2010, *Ahmadpour c. Turquía*, demanda n. 12717/08.
 STEDH de 10 de junio de 2010, *Garayev c. Azerbaiyán*, demanda n. 53688/08.
 STEDH de 20 de mayo de 2010, *Khaydarov c. Rusia*, demanda n. 21055/09.
 STEDH de 12 de mayo de 2010, *Khodzhayev c. Rusia*, demanda n. 52466/06.
 STEDH de 27 de abril de 2010 (decisión de admisibilidad), *Miah c. Reino Unido*, demanda n. 53080/07.

STEDH de 13 de abril de 2010, *Tehrani y otros c. Turquía*, demandas nos. 32940/08, 41626/08, 43616/08.

STEDH de 13 de abril de 2010, *Trabelsi c. Italia*, demanda n. 50163/08.

STEDH de 1 de abril de 2010, *Klein c. Rusia*, demanda n. 24268/08.

STEDH de 29 de marzo de 2010, *Medvedyev y otros c. Francia*, demanda n. 3394/03.

STEDH de 25 de marzo de 2010, *Mutlag c. Alemania*, demanda n. 40601/05.

STEDH de 16 de marzo de 2010, *Oršuš y otros c. Croacia*, demanda n. 15766/03.

STEDH de 9 de marzo de 2010, *R.C. c. Suecia*, demanda n. 41827/07.

STEDH de 2 de marzo de 2010, *Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido*, demanda n. 61498/08.

STEDH de 1 de marzo de 2010 (decisión de admisibilidad), *Demopoulos y otros c. Turquía*, demandas nos. 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04, 21819/04.

STEDH de 18 de febrero de 2010, *Baysakov y otros c. Ucrania*, demanda n. 54131/08.

STEDH de 11 de febrero de 2010, *Raza c. Bulgaria*, demanda n. 31465/08.

STEDH de 11 de febrero de 2010, *Zakayev y Safanova c. Rusia*, demanda n. 11870/03.

STEDH de 12 de enero de 2010, *Al-Agha c. Rumanía*, demanda n. 40933/02.

STEDH de 12 de enero de 2010, *A.W. Khan c. Reino Unido*, demanda n. 47486/06.

STEDH de 10 de enero de 2010, *Muskhadzhiyeva y otros c. Bélgica*, demanda n. 41442/07.

STEDH de 22 de diciembre de 2009, *Palushi c. Austria*, demanda n. 27900/04.

STEDH de 17 de diciembre de 2009, *Dzhurayev c. Rusia*, demanda n. 38124/07.

STEDH de 10 de diciembre de 2009, *Koktysh c. Ucrania*, demanda n. 43707/07.

STEDH de 3 de diciembre de 2009, *Daoudi c. Francia*, demanda n. 19576/08.

STEDH de 1 de diciembre de 2009, *Hokic y Hrustic c. Italia*, demanda n. 3449/05.

STEDH de 1 de diciembre de 2009 (decisión de admisibilidad), *Huc c. Rumania y Alemania*, demanda n. 7269/05.

STEDH de 1 de diciembre de 2009 (decisión de admisibilidad), *M. c. Reino Unido*, demanda n. 16081/08.

STEDH de 27 de noviembre de 2009, *Tătar c. Rumania*, demanda n. 67021/01.

STEDH de 26 de noviembre de 2009, *Tabesh c. Grecia*, demanda n. 8256/07.

STEDH de 24 de noviembre de 2009, *Omojudi c. Reino Unido*, demanda n. 1820/08.

STEDH de 19 de noviembre de 2009, *Kaboulov c. Ucrania*, demanda n. 41015/04.

STEDH de 3 de noviembre de 2009 (decisión de admisibilidad), *Ali Abdollahi c. Turquía*, demanda n. 23980/08.

STEDH de 15 de octubre de 2009, *Prežec c. Croacia*, demanda n. 48185/07.

STEDH de 8 de octubre de 2009, *Mikolenko c. Estonia*, demanda n. 10664/06.

STEDH de 22 de septiembre de 2009, *Abdolkhani y Karimnia c. Turquía*, demanda n. 30471/08.

STEDH de 13 de septiembre de 2009 (decisión de admisibilidad), *Kane c. Chipre*, demanda n. 33655/06.

STEDH de 9 de julio de 2009, *Mooren c. Alemania*, demanda n. 11364/03.

STEDH de 7 de julio de 2009, *Grori c. Albania*, demanda n. 25336/04.

STEDH de 18 de junio de 2009 (decisión de admisibilidad), *Budina c. Rusia*, demanda n. 45603/05.

STEDH de 11 de junio de 2009, *S.D. c. Grecia*, demanda n. 53541/07.

STEDH de 5 de mayo de 2009, *Sellem c. Italia*, demanda n. 12584/08.

STEDH de 7 de abril de 2009 (decisión de admisibilidad), *Ghulami c. Francia*, demanda n. 45302/05.

STEDH de 24 de marzo de 2009, *Abdelhedi c. Italia*, demanda n. 2638/07.

STEDH de 24 de marzo de 2009, *Ben Salah c. Italia*, demanda n. 38128/06.
 STEDH de 24 de marzo de 2009, *Bouyahia c. Italia*, demanda n. 46792/06.
 STEDH de 24 de marzo de 2009, *C.B.Z. c. Italia*, demanda n. 44006/06.
 STEDH de 24 de marzo de 2009, *Hamraoui c. Italia*, demanda n. 16201/07.
 STEDH de 24 de marzo de 2009, *Soltana c. Italia*, demanda n. 37336/06.
 STEDH de 10 de marzo de 2009, *Paladi c. Moldavia*, demanda n. 39806/05.
 STEDH de 10 de marzo de 2009, *Turan Cakir c. Bélgica*, demanda n. 44256/06.
 STEDH de 23 de febrero de 2009, *Ben Khemais c. Italia*, demanda n. 246/07.
 STEDH de 19 de febrero de 2009, *A. y otros c. Reino Unido*, demanda n. 3455/05.
 STEDH de 17 de febrero de 2009 (decisión de admisibilidad), *Gasayev c. España*,
 demanda n. 48514/06.
 STEDH de 17 de febrero de 2009, *Onur c. Reino Unido*, demanda n. 27319/07.
 STEDH de 12 de febrero de 2009, *Nolan y K. c. Rusia*, demanda n. 2512/04.
 STEDH de 20 de enero de 2009, *F.H. c. Suecia*, demanda n. 32621/06.
 STEDH de 8 de enero de 2009, *Joseph Grant c. Reino Unido*, demanda n. 10606/07.
 STEDH de 8 de enero de 2009, *Khudyakova c. Rusia*, demanda n. 13476/04.
 STEDH de 11 de diciembre de 2008, *Muminov c. Rusia*, demanda n. 42502/06.
 STEDH de 2 de diciembre de 2008 (decisión de admisibilidad), *K.R.S. c. Reino Unido*,
 demanda n. 32733/08.
 STEDH de 27 de noviembre de 2008, *Rashed c. Republica Checa*, demanda n. 298/07.
 STEDH de 18 de noviembre de 2008 (decisión de admisibilidad), *Boumediene y otros c.*
Bosnia y Herzegovina, demandas nos. 38703/06, 40123/06, 43301/06, 43302/06,
 2131/07 y 2141/07.
 STEDH de 12 de noviembre de 2008, *Demir y Baykara c. Turquía*, demanda n. 34503/97.
 STEDH de 23 de octubre de 2008, *Soldatenko c. Ucrania*, demanda n. 2440/07.
 STEDH de 2 de octubre de 2008, *Rusu c. Austria*, demanda n. 34082/02.
 STEDH de 31 de julio de 2008, *Darren Omoregie y otros c. Noruega*, demanda n. 265/07
 STEDH de 17 de julio de 2008, *N.A. c. Reino Unido*, demanda n. 25904/07.
 STEDH de 17 de julio de 2008, *X. c. Croacia*, demanda n. 11223/04.
 STEDH de 23 de junio de 2008, *Maslov c. Austria*, demanda n. 1638/03.
 STEDH de 19 de junio de 2008, *Ryabikin c. Rusia*, demanda n. 8320/04.
 STEDH de 27 de mayo de 2008, *N. c. Reino Unido*, demanda n. 26565/05.
 STEDH de 24 de abril de 2008, *C.G. y otros c. Bulgaria*, demanda n. 1365/07.
 STEDH de 24 de abril de 2008, *Ismoïlov y otros c. Rusia*, demanda n. 2947/06.
 STEDH de 8 de abril de 2008, *Nnyanzi c. Reino Unido*, demanda n. 21878/06.
 STEDH de 27 de marzo de 2008 (decisión de admisibilidad), *Hakizimana c. Suecia*,
 demanda n. 37913/05.
 STEDH de 18 de marzo de 2008, *Ladent c. Polonia*, demanda n. 11036/03.
 STEDH de 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia*, demanda n. 37201/06.
 STEDH de 24 de enero de 2008, *Riad e Idiab c. Bélgica*, demandas n. 29787/03 y
 29810/03.
 STEDH de 15 de enero de 2008, *Mostafa y otros c. Turquía*, demanda n. 16348/08.
 STEDH de 7 de diciembre de 2007, *Liu c. Rusia*, demanda n. 42086/05.
 STEDH de 6 de diciembre de 2007, *Chair y J.B. c. Alemania*, demanda n. 69735/01.
 STEDH de 11 de octubre de 2007, *Nasrullojev c. Rusia*, demanda n. 656/06.
 STEDH de 20 de septiembre de 2007, *Sultani c. Francia*, demanda n. 45223/05.
 STEDH de 28 de junio de 2007, *Kaya c. Alemania*, demanda n. 31753/02.
 STEDH de 14 de junio de 2007, *Bashir y otros c. Bulgaria*, demanda n. 65028/01.
 STEDH de 7 de junio de 2007, *Botmeh y Alami c. Reino Unido*, demanda n. 15187/03.

STEDH de 26 de abril de 2007, *Gebremedhin [Gaberamadhien] c. Francia*, demanda n. 25389/05.

STEDH de 26 de abril de 2007, *Konstatinov c. Países Bajos*, demanda n. 16351/03.

STEDH de 10 de abril de 2007, *Evans c. Reino Unido*, demanda n. 6339/05.

STEDH de 8 de marzo de 2007 (decisión de admisibilidad), *Collins y Akaziebie c. Suecia*, demanda n. 23944/05.

STEDH de 20 de febrero de 2007 (decisión de admisibilidad), *Ali Hassan Al-Moayad c. Alemania*, demanda n. 35865/03.

STEDH de 22 de enero de 2007 (decisión de admisibilidad), *Ferhat Kilic c. Dinamarca*, demanda n. 20730/05.

STEDH de 22 de enero de 2007 (decisión de admisibilidad), *Hizir Kilic c. Dinamarca*, demanda n. 20277/05.

STEDH de 11 de enero de 2007, *Musa y otros c. Bulgaria*, demanda n. 61259/00.

STEDH de 11 de enero de 2007, *Salah Sheekh c. Países Bajos*, demanda n. 1948/04.

STEDH de 18 de octubre de 2006, *Üner c. Países Bajos*, demanda n. 46410/99.

STEDH de 17 de octubre de 2006, *Okkali c. Turquía*, demanda n. 52067/99.

STEDH de 12 de octubre de 2006, *Kaya c. Rumania*, demanda n. 33970/05.

STEDH de 12 de octubre de 2006, *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, demanda n. 13178/03.

STEDH de 5 de octubre de 2006, *Bolat c. Rusia*, demanda n. 14139/03.

STEDH de 10 de agosto de 2006, *Olaechea Cahuas c. España*, demanda n. 24668/03.

STEDH de 11 de julio de 2006, *Jalloh c. Alemania*, demanda n. 54810/00.

STEDH de 4 de julio de 2006, *Ramírez Sánchez c. Francia*, demanda n. 59450/00.

STEDH de 8 de junio de 2006, *Lupsa c. Rumania*, demanda n. 10337/04.

STEDH de 9 de mayo de 2006 (decisión de admisibilidad), *Abu Salem c. Portugal*, demanda n. 26844/04.

STEDH de 27 de abril de 2006, *Mohd c. Grecia*, demanda n. 11919/03.

STEDH de 28 de febrero de 2006 (decisión de admisibilidad), *Z. y T. c. Reino Unido*, demanda n. 27034/05.

STEDH de 31 de enero de 2006, *Rodrigues da Silva y Hoogkamer c. Países Bajos*, demanda n. 50435/99.

STEDH de 17 de enero de 2006, *Aoulmi c. Francia*, demanda n. 50278/99.

STEDH de 12 de enero de 2006 (decisión de admisibilidad), *Içyer c. Turquía*, demanda n. 18888/02.

STEDH de 22 de diciembre de 2005 (decisión de admisibilidad), *Xenides-Arestis c. Turquía*, demanda n. 46347/99.

STEDH de 1 de diciembre de 2005, *Tuquabo-Tekle y otros c. Países Bajos*.

STEDH de 10 de noviembre de 2005, *Leyla Şahin c. Turquía*, demanda n. 44774/98.

STEDH de 8 de noviembre de 2005, *Alver c. Estonia*, demanda n. 64812/01.

STEDH de 8 de noviembre de 2005, *Bader y Kanbor c. Suecia*, demanda n. 13284/04.

STEDH de 27 de octubre de 2005, *Keles c. Alemania*, demanda n. 32231/02.

STEDH de 25 de octubre de 2005, *Kutepov y Anikeyenko c. Rusia*, demanda n. 68029/01.

STEDH de 13 de septiembre de 2005, *Hamiyet Kaplan y otros c. Turquía*, demanda n. 36749/97.

STEDH de 26 de julio de 2005, *N. c. Finlandia*, demanda n. 38885/2.

STEDH de 6 de julio de 2005, *Nachova y otros c. Bulgaria*, demandas nos. 43577/98 y 43579/98.

STEDH de 5 de julio de 2005, *Said c. Países Bajos*, demanda n. 2345/02.

STEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda*, demanda n. 45036/98.

STEDH de 16 de junio de 2005 (decisión de admisibilidad), *Berisha y Haljiti c la ex República Yugoslava de Macedonia*, demanda n. 18670/03.

STEDH de 31 de mayo de 2005 (decisión de admisibilidad), *Andrey Daydov c. Estonia*, demanda n. 16387/03.

STEDH de 24 de mayo de 2005, *Süheyla Aydin c. Turquía*, demanda n. 25660/94.

STEDH de 12 de mayo de 2005, *Öcalan c. Turquía*, demanda n. 46221/99.

STEDH de 26 de abril de 2005, *Müslim c. Turquía*, demanda n. 53566/99.

STEDH de 12 de abril de 2005, *Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*, demanda n. 36378/02.

STEDH de 7 de abril de 2005, *Karalevicius c. Lituania*, demanda n. 53254/99.

STEDH de 17 de marzo de 2005, *Bubbins c. Reino Unido*, demanda n. 50196/99.

STEDH de 1 de marzo de 2005 (decisión de admisibilidad), *Etanji c. Francia*, demanda n. 60411/00.

STEDH de 8 de febrero de 2005, *Bordovskiy c. Rusia*, demanda n. 49491/99.

STEDH de 4 de febrero de 2005, *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, demandas nos. 46827/99 y 46951/99.

STEDH de 25 de enero de 2005, *Enhorn c. Suiza*, demanda n. 56529/00.

STEDH de 25 de enero de 2005, *Singh c. Republica Checa*, demanda n. 60538/00.

STEDH de 25 de noviembre de 2004 (decisión de admisibilidad), *Amegnigan c. Países Bajos*, demanda n. 25629/09.

STEDH de 16 de noviembre de 2004, *Issa y otros c. Turquía*, demanda n. 31821/96.

STEDH de 8 de julio de 2004, *Ilaşcu y otros c. Moldavia y Rusia*, demanda n. 48787/99.

STEDH de 22 de junio de 2004, *F. c. Reino Unido*, demanda n. 17341/03.

STEDH de 22 de junio de 2004 (decisión de admisibilidad), *Ndangoya c. Suecia*, demanda n. 17868/03.

STEDH de 8 de junio de 2004, *Hilda Hafsteinsdótti c. Islandia*, demanda n. 40905/98.

STEDH de 3 de junio de 2004, *Bati y otros c. Turquía*, demandas nos. 33097/96 y 57834/00.

STEDH de 22 de abril de 2004, *Radovanovic c. Austria*, demanda n. 42703/98.

STEDH de 8 de abril de 2004, *Assanidze c. Georgia*, demanda n. 71503/01.

STEDH de 1 de abril de 2004, *Rivas c. Francia*, demanda n. 59584/00.

STEDH de 17 de febrero de 2004, *Venkadajalasarma c. Países Bajos*, demanda n. 58510/00.

STEDH de 10 de febrero de 2004, *Gennadi Naoumenko c. Reino Unido*, demanda n. 42023/98.

STEDH de 27 de noviembre de 2003, *Hénaf c. Francia*, demanda n. 65436/01.

STEDH de 27 de noviembre de 2003, *Shamsa c. Polonia*, demanda n. 45355/99 y 45357/99.

STEDH de 28 de octubre de 2003, *Minjat c. Suiza*, demanda n. 38223/97.

STEDH de 14 de octubre de 2003 (decisión de admisibilidad), *Tomic c. Reino Unido*, demanda n. 17837/03.

STEDH de 9 de octubre de 2003, *Slivenko c. Letonia*, demanda n. 48321/99.

STEDH de 25 de septiembre de 2003, *Vasileva c. Dinamarca*, demanda n. 52792/99.

STEDH de 15 de julio de 2003, *Mokrani c. Francia*, demanda n. 52206/99.

STEDH de 10 de julio de 2003, *Benhebba c. Francia*, demanda n. 53441/99.

STEDH de 1 de julio de 2003 (decisión de admisibilidad), *Abraham Lunguli c. Suecia*, demanda n. 33692/02.

STEDH de 24 de junio de 2003 (decisión de admisibilidad), *Arcila Henao c. Países Bajos*, demanda n. 13669/06.

STEDH de 12 de junio de 2003, *Van Kück c. Alemania*, demanda n. 35968/97.

STEDH de 17 de abril de 2003, *Yilmaz c. Alemania*, demanda n. 52853/99.
 STEDH de 6 de febrero de 2003, *Jakupovic c. Austria*, demanda n. 36757/97.
 STEDH de 3 de diciembre de 2002, *Nowicka c. Polonia*, demanda n. 30218/96.
 STEDH de 14 de noviembre de 2002, *Mouisel c. Francia*, demanda n. 67263/01.
 STEDH de 31 de octubre de 2002, *Yildiz c. Austria*, demanda n. 37295/97.
 STEDH de 11 de julio de 2002, *Amrollahi c. Dinamarca*, demanda n. 56811/00.
 STEDH de 20 de junio de 2002, *Al-Nashif c. Bulgaria*, demanda n. 50963/99.
 STEDH de 18 de junio de 2002, *Samy c. Países Bajos*, demanda n. 36499/97.
 STEDH de 13 de junio de 2002, *Anguelova c. Bulgaria*, demanda n. 38361/97.
 STEDH de 31 de mayo de 2002 (decisión de admisibilidad), *Fatgan Katani y otros c. Alemania*, demanda n. 67679/01.
 STEDH de 29 de abril de 2002, *Pretty c. Reino Unido*, demanda n. 2346/02.
 STEDH de 23 de abril de 2002 (decisión de admisibilidad), *Larioshina c. Rusia*, demanda n. 56869/00.
 STEDH de 23 abril de 2002 (decisión de admisibilidad), *Sr. c. Suecia*, demanda n. 62806/00.
 STEDH de 7 de febrero de 2002, *Mikulić c. Croacia*, demanda n. 53176/99.
 STEDH de 5 de febrero de 2002, *Čonka c. Bélgica*, demanda n. 51564/99.
 STEDH de 21 de diciembre de 2001, *Şen c. Países Bajos*, demanda n. 31465/96.
 STEDH de 12 de diciembre de 2001 (decisión de admisibilidad), *Banković y otros c. Bélgica y otros*, demanda n. 52207/99.
 STEDH de 21 de noviembre de 2001, *Al-Adsani c. Reino Unido*, demanda n. 35763/97.
 STEDH de 16 de octubre de 2001 (decisión de admisibilidad), *Einhorn c. Francia*, demanda n. 71555/01.
 STEDH de 2 de agosto de 2001, *Boultif c. Suiza*, demanda n. 54273/00.
 STEDH de 10 de julio de 2001, *Price c. Reino Unido*, demanda n. 33394/96.
 STEDH de 3 de julio de 2001 (decisión de admisibilidad), *Nivette c. Francia*, demanda n. 44190/98.
 STEDH de 23 de mayo de 2001, *Denizci y otros c. Chipre*, demandas nos. 25316-25321/94 y 27207/95.
 STEDH de 10 de mayo de 2001, *Cyprus c. Turquía*, demanda n. 25781/94.
 STEDH de 3 de abril de 2001, *Keenan c. Reino Unido*, demanda n. 27229/95.
 STEDH de 15 de marzo de 2001 (decisión de admisibilidad), *Ismaili c. Alemania*, demanda n. 58128/00.
 STEDH de 13 de marzo de 2001 (decisión de admisibilidad), *Čonka c. Bélgica*, demanda n. 51564/99.
 STEDH de 6 de marzo de 2001, *Dougoz c. Grecia*, demanda n. 40907/98.
 STEDH de 6 de marzo de 2001, *Hilal c. Reino Unido*, demanda n. 45276/99.
 STEDH de 13 de febrero de 2001, *Ezzouhdi c. Francia*, demanda n. 47160/99.
 STEDH de 6 de febrero de 2001, *Bensaid c. Reino Unido*, demanda n. 44599/98.
 STEDH de 11 de enero de 2001 (decisión de admisibilidad), *Xhavara y otros quince c. Italia y Albania*, demanda n. 39473/98.
 STEDH de 7 de noviembre de 2000, *Kwakye-Nti y Dufie c. Países Bajos*, demanda n. 31519/96.
 STEDH de 26 de octubre del 2000, *Kudla c. Polonia*, demanda n. 30210/96.
 STEDH de 5 de octubre de 2000, *Maaouia c. Francia*, demanda n. 39652/98.
 STEDH de 11 de julio de 2000, *Ciliz c. Países Bajos*, demanda n. 29192/95.
 STEDH de 11 de julio de 2000, *G.H.H. y otros c. Turquía*, demanda n. 43258/98.
 STEDH de 11 de julio de 2000, *Jabari c. Turquía*, demanda n. 40035/98.

STEDH de 27 de junio de 2000, *Cha'are Shalom ve Tsedek c. Francia*, demanda n. 27417/95.

STEDH de 27 de junio de 2000, *İlhan c. Turquía*, demanda n. 22277/93.

STEDH de 27 de junio de 2000, *Salman c. Turquía*, demanda n. 21986/93.

STEDH de 4 de mayo de 2000, *Rotaru c. Rumania*, demanda n. 28341/95.

STEDH de 6 de abril de 2000, *Labita c. Italia*, demanda n. 26772/95.

STEDH de 4 de abril de 2000, *Witold Litwa c. Polonia*, demanda n. 26629/95.

STEDH de 28 de marzo de 2000, *Mahmut Kaya c. Turquía*, demanda n. 22535/93.

STEDH de 7 de marzo de 2000 (decisión de admisibilidad), *T.I. c. Reino Unido*, demanda n. 43844/98.

STEDH de 16 de febrero de 2000, *Amann c. Suiza*, demanda n. 27798/95.

STEDH de 16 de febrero de 2000, *Jasper c. Reino Unido*, demanda n. 27052/95.

STEDH de 15 de febrero de 2000 (decisión de admisibilidad), *S.C.C. c. Suecia*, demanda n. 46553/99.

STEDH de 27 de septiembre de 1999, *Smith y Grady c. Reino Unido*, demandas nos. 33985/96 y 33986/96.

STEDH de 28 de julio de 1999, *Selmouni c. Francia*, demanda n. 25803/94.

STEDH de 8 de julio de 1999, *Çakici c. Turquía*, demanda n. 23657/94.

STEDH de 23 de febrero de 1999 (decisión de admisibilidad), *Vedran Andric c. Suiza*, demanda n. 45917/99.

STEDH de 28 de octubre de 1998, *Assenov y otros c. Bulgaria*, demanda 24760/94.

STEDH de 28 de octubre de 1998, *Çiraklar c. Turquía*, demanda n. 70/1997/854/1061.

STEDH de 28 de octubre de 1998, *Osman c. Reino Unido*, demanda n. 87/1997/871/1083.

STEDH de 23 de septiembre de 1998, *A. c. Reino Unido*, demanda n. 100/1997/884/1096.

STEDH de 9 de junio de 1998, *Incal c. Turquía*, demanda n. 41/1997/825/1031.

STEDH de 19 de febrero de 1998 (decisión de admisibilidad), *Bahaddar c. Países Bajos*, demanda n. 145/1996/764/965.

STEDH de 19 de febrero de 1998, *Dalia c. Francia*, demanda n. 154/1996/773/974.

STEDH de 21 de octubre de 1997, *Boujlifa c. Francia*, demanda n. 122/1996/741/940.

STEDH de 26 de septiembre de 1997, *Mehemi c. Francia*, demanda n. 85/1996/704/896.

STEDH de 2 de mayo de 1997, *D. c. Reino Unido*, demanda n. 30240/96.

STEDH de 29 de abril de 1997, *H.L.R. c. Francia*, demanda n. 24573/94.

STEDH de 29 de enero de 1997, *Bouchelkia c. Francia*, demanda n. 23078/93.

STEDH de 18 de diciembre 1996, *Aksoy c. Turquía*, demanda n. 21987/93.

STEDH de 17 de diciembre de 1996, *Ahmed c. Austria*, demanda n. 25964/94.

STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, demanda n. 22414/93.

STEDH de 25 de junio de 1996, *Amuur c. Francia*, demanda n. 19776/92.

STEDH de 10 de junio de 1996, *Benham c. Reino Unido*, demanda n. 19380/92.

STEDH de 24 de abril de 1996, *Boughanemi c. Francia*, demanda n. 22070/93.

STEDH de 19 de febrero de 1996, *Gül c. Suiza*, demanda n. 23218/94.

STEDH de 13 de julio de 1995, *Nasri c. Francia*, demanda n. 19465/92.

STEDH de 23 de marzo de 1995 (excepciones preliminares), *Loizidou c. Turquía*, demanda n. 15318/89.

STEDH de 20 de enero de 1994, *Aylor- Davis c. Francia*, demanda n. 22903/93.

STEDH de 25 de mayo de 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, demanda n. 14307/88.

STEDH de 8 de febrero de 1993 (decisión de admisibilidad), *ST c. Francia*, demanda n. 20649/92.

STEDH de 13 de enero de 1993 (decisión de admisibilidad), *Voulofovitch y otros c. Suecia*, demanda n. 19373/92.

STEDH de 24 de septiembre de 1992, *Kolompar c. Bélgica*, demanda n. 11613/85.

STEDH de 26 de junio de 1992, *Drozdz y Janousek c. Francia y España*, demanda n. 12747/87.

STEDH de 26 de marzo de 1992, *Beldjoudi c. Francia*, demanda n. 12083/86.

STEDH de 30 de octubre de 1991, *Vilvarajah y otros y otros c. Reino Unido*, demandas nos. 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87.

STEDH de 20 de marzo de 1991, *Cruz Varas y otros c. Suecia*, demanda n. 15576/89.

STEDH de 18 de febrero de 1991, *Moustaquim c. Bélgica*, demanda n. 12313/86.

STEDH de 21 de junio de 1988, *Berrehab c. Países Bajos*, demanda n. 10730/84

STEDH de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, demanda n. 14038/88.

STEDH de 25 de mayo de 1988, *Kurt c. Turquía*, demanda n. 15/1997/799/1002.

STEDH de 28 de febrero de 1988, *Bouamar c. Bélgica*, asunto n. 9106/80.

STEDH de 25 de febrero de 1982, *Campbell y Cosans c. Reino Unido*, demandas n. 7511/76 y 7743/76.

STEDH de 9 de octubre de 1979, *Airey c. Irlanda*, demanda n. 6289/73.

STEDH de 25 de abril de 1978, *Tyrer c. Reino Unido*, demanda n. 5856/72.

STEDH de 18 de enero de 1978, *Irlanda c. Reino Unido*, demanda n. 5310/71.

2.3.2. Comunicaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a los Gobiernos de los Estados Parte

Balde y Abel c. España, demanda n. 20351/17, comunicado al Gobierno español el 12 de junio de 2017.

Doumbe y Nnabuchi c. España, demanda n. 19420/15, comunicado al Gobierno español el 14 de diciembre de 2015.

2.3.3. Comisión Europea de Derechos Humanos

Comisión Europea de DDHH, decisión de 16 de diciembre de 1988 (decisión de admisibilidad), *Alibaks y otros c. Holanda*, demanda n. 14209/88.

Comisión Europea de DDHH de 16 de diciembre de 1988 (decisión de admisibilidad), *B. y otros c. Países Bajos*, demanda n. 14457/88.

Comisión Europea de DDHH, decisión de 3 de octubre de 1975, *Becker c. Dinamarca*, demanda n. 7011/75.

2.4. Unión Europea

2.4.1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE de 25 de julio de 2018, *Alheto*, asunto C-585/16.

STJUE de 5 de junio de 2018, *Coman y otros*, asunto C-673/16.

STJUE de 31 de mayo de 2018, *Hassan*, asunto C-647/16.

STJUE de 24 de abril de 2018, *MP*, asunto C-353/16.

STJUE de 25 de enero de 2018, *F.*, asunto C-473/16.

STJUE de 14 de noviembre de 2017, *Lounes*, asunto C-165/16.

STJUE de 14 de septiembre de 2017, *K.*, asunto C-18/16.

STJUE de 14 de septiembre de 2017, *Petrea*, asunto C-184/16.

STJUE de 13 de septiembre de 2017, *Khira Amayry*, asunto C-60/16.

STJUE de 26 de julio de 2017, *A.S.*, asunto C-490/16.

STJUE de 26 de julio de 2017, *Jafari*, asunto C-646/16.

STJUE de 26 de julio de 2017, *Moussa Sacko*, asunto C-348/16.

STJUE de 26 de julio de 2017, *Ouhrami*, asunto C-225/16.

STJUE de 10 de mayo de 2017, *Chávez-Vilchez y otros*, asunto C-133/15.
 Auto del TJUE de 5 de abril de 2017, *Ahmed*, asunto C-36/17.
 STJUE de 15 de marzo de 2017, *Al Chodor y otros*, demanda n. C-528/15.
 STJUE de 7 de marzo de 2017, *X. y X.*, asunto C-638/16 PPU.
 STJUE de 16 de febrero de 2017, *C.K. y otros*, asunto C-578/16 PPU.
 STJUE de 9 de febrero de 2017, *M.*, asunto C-560/14.
 STJUE de 21 de enero de 2017, *Mostafa Lounani*, asunto C-573/14.
 STJUE de 13 de septiembre de 2016, *CS*, asunto C-304/14.
 STJUE de 13 de septiembre de 2016, *Rendón Marín*, asunto C-165/14.
 STJUE de 28 de julio de 2016, *JZ*, asunto C-294/16 PPU.
 STJUE de 7 de julio de 2016, *Ghezelbash*, asunto C-63/15.
 STJUE de 7 de junio de 2016, *Affum*, asunto C- 47/15.
 STJUE de 21 de abril de 2016, *Khachab*, asunto C-558/14.
 STJUE de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru*, asuntos acumulados C-404/15 y C-659/15 PPU.
 STJUE de 17 de marzo de 2016, *Bensada Benallal*, asunto C-161/15.
 STJUE de 17 de marzo de 2016, *Mirza*, asunto C-695/15 PPU.
 STJUE de 1 de marzo de 2016, *Alo*, asuntos acumulados C-443/14 y C-444/14.
 STJUE de 15 de febrero de 2016, *N.*, asunto C-601/15 PPU.
 STJUE de 17 de diciembre de 2015, *Amadou Tall*, asunto C-239/14.
 STJUE de 1 de octubre de 2015, *Celaj*, asunto C-290/14.
 STJUE de 24 de junio de 2015, *T.*, asunto C-373/13.
 STJUE de 11 de junio de 2015, *Z. Zh. y O*, asunto C-554/13.
 STJUE de 23 de abril de 2015, *Zaizoune*, asunto C-38/14.
 STJUE de 26 de febrero de 2015, *Shepherd*, asunto C-472/13.
 STJUE de 18 de diciembre de 2014, *Abdida*, asunto C-562/13.
 STJUE de 18 de diciembre de 2014, *McCarthy y otros*, asunto C-202/13.
 STJUE de 18 de diciembre de 2014, *Mohamed M'Bodj*, asunto C-542/13.
 STJUE de 11 de diciembre de 2014, *Boudjlida*, asunto C-249/13.
 STJUE de 2 de diciembre de 2014, *A. y otros*, asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13.
 STJUE de 5 de noviembre de 2014, *Mukarubega*, asunto C-166/13.
 STJUE de 17 de julio de 2014, *Bero y Bouzalmate*, asuntos acumulados C-473/13 y C-514/13.
 STJUE de 17 de julio de 2014, *Pham*, asunto C-474/13.
 STJUE de 5 de junio de 2014, *Mahdi*, asunto C-146/14 PPU.
 STJUE de 27 de mayo de 2014, *Spasic*, asunto C-129/14 PPU.
 STJUE de 8 de mayo de 2014, *H.N.*, asunto C-604/12.
 STJUE de 30 de abril de 2014, *Robert Pflieger*, asunto C-390/12.
 STJUE de 12 de marzo de 2014, *O. y B.*, asunto C-456/12.
 STJUE de 30 de enero de 2014, *Diakité*, asunto C-285/12.
 STJUE de 16 de enero de 2014, *Reyes*, asunto C-423/12.
 STJUE de 10 de diciembre de 2013, *Abdullahi*, asunto C-394/12.
 STJUE de 14 de noviembre de 2013, *Puid*, asunto C-4/11.
 STJUE de 7 de noviembre de 2013, *X. y otros*, asuntos acumulados C-199/12 a C-201/12.
 STJUE de 10 de octubre de 2013, *Alokpa y Moudoulou*, asunto C-86/12.
 STJUE de 19 de septiembre de 2013, *Filev y Osmani*, asunto C-297/12.
 STJUE de 10 de septiembre de 2013, *G. y R.*, asunto C-383/13 PPU.
 STJUE de 6 de junio de 2013, *M.A. y otros*, asunto C-648/11.
 STJUE de 4 de junio de 2013, *ZZ*, asunto C-300/11.
 STJUE de 30 de mayo de 2013, *Arslan*, asunto C-534/11.

STJUE de 30 de mayo de 2013, *Halaf*, asunto C-528/1.

STJUE de 8 de mayo de 2013, *Ymeraga y Ymeraga-Tafarshiku*, asunto C-87/12.

STJUE de 26 de febrero de 2013, *Åklagaren*, asunto C-617/10.

STJUE de 19 de diciembre de 2012, *Abed El Karem El Kott y otros*, asunto C-364/11.

STJUE de 6 de diciembre de 2012, *O. y S.*, asuntos acumulados C-356/11 y C-357/11.

STJUE de 6 de diciembre de 2012, *Sagor*, asunto C-430/11.

STJUE de 22 de noviembre de 2012, *Josef Probst*, asunto C-119/12.

STJUE de 22 de noviembre de 2012, *M.*, asunto C-277/11.

STJUE de 8 de noviembre de 2012, *Iida*, asunto C-40/11.

STJUE de 6 de noviembre de 2012, *K. y Bundesasylamt*, asunto C-245/11.

STJUE de 4 de octubre de 2012, *Byankov*, asunto C-249/11.

STJUE de 5 de septiembre de 2012, *Rahman y otros*, asunto C-83/11.

STJUE de 5 de septiembre de 2012, *Y y Z*, asuntos acumulados C-71/11 y C-99/11.

STJUE de 12 de julio de 2012, *VALE Építési Kft*, asunto C-378/10.

STJUE de 1 de marzo de 2012, *González Alonso*, asunto C-166/11.

STJUE de 21 de diciembre de 2011, *N.S. y M.E.*, asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10.

STJUE de 6 de diciembre de 2011, *Achughbaban*, asunto C-329/11.

STJUE de 17 de noviembre de 2011, *Gaydarov*, asunto C-430/10.

STJUE de 17 de noviembre de 2011, *Petar Aladzhov*, asunto C-434/10.

STJUE de 15 de noviembre de 2011, *Dereci y otros*, asunto C-256/11.

STJUE de 28 de julio de 2011, *Samba Diouf*, asunto C-69/10.

STJUE de 19 de mayo de 2011, *Tonina Enza Iaia y otros*, asunto C-452/09.

STJUE de 5 de mayo de 2011, *McCarthy*, asunto C-434/09.

STJUE de 28 de abril de 2011, *El Dridi*, asunto C-61/11 PPU.

STJUE de 17 de marzo de 2011, *Peñarroja Fa*, asuntos acumulados C-372/09 y C-373/09.

STJUE de 8 de marzo de 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09.

STJUE de 22 de diciembre de 2010, *DEB*, asunto C-279/09.

STJUE de 7 de diciembre de 2010, *VEBIC*, asunto n. C-439/08.

STJUE de 23 de noviembre de 2010, *Tsakouridis*, asunto C-145/09.

STJUE de 9 de noviembre de 2010, *B. y D.*, asuntos acumulados C-57/09 y C-101/09.

STJUE de 21 de octubre de 2010, *Padawan*, asunto C-467/08.

STJUE de 5 de octubre de 2010, *McB*, asunto C-400/10 PPU.

STJUE de 5 de julio de 2010, *Content Services Ltd*, asunto C-49/11.

STJUE de 29 de junio de 2010, *E y F*, asunto C-550/09.

STJUE de 17 de junio de 2010, *Bolbol*, asunto C-31/09.

STJUE de 18 de marzo de 2010, *Alassini y otros*, asunto C-317/08.

STJUE de 4 de marzo de 2010, *Chakroun*, asunto C-578/08.

STJUE de 2 de marzo de 2010, *Rottmann*, asunto C-135/08.

STJUE de 2 de marzo de 2010, *Salahadin Abdulla y otros*, asuntos acumulados C-175/08, C-176/08, C-178/08 y C-179/08.

2.4.2. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

STJCE de 30 de noviembre de 2009, *Kadzoev*, asunto C-357/09 PPU.

STJCE de 22 de octubre 2009, *Zurita García y Choque Cabrera*, asuntos acumulados C-261/08 y C-348/08.

STJCE de 23 de abril de 2009, *Kiriaki Angelidaki y otros*, asuntos acumulados C-378/07 a C-380/07.

STJCE de 17 de febrero de 2009, *Elgafaji*, asunto C-465/07.
 STJCE de 29 de enero de 2009, *Petrosian*, asunto C-19/08.
 STJCE de 22 de diciembre de 2008, *Friederike Wallentin-Hermann*, asunto C-549/07.
 STJCE de 3 de septiembre de 2008, *Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión*, asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P.
 STJCE de 25 de julio de 2008, *Metock y otros*, asunto C-127/08.
 STJCE de 17 de julio de 2008, *Comisión de las Comunidades Europeas c. República Francesa*, asunto C-389/05.
 STJCE de 10 de julio de 2008, *Gheorghe Jipa*, asunto C-33/07.
 STJCE de 18 de diciembre de 2007, *Société Pipeline Méditerranée y Rhône*, asunto C-314/06.
 STJCE de 26 de junio de 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros*, asunto C-305/05.
 STJCE de 14 de diciembre de 2006, *ASML Netherlands BV*, asunto C-283/05.
 STJCE de 27 de junio de 2006, *Parlamento Europeo c. Consejo de la Unión Europea*, asunto C-540/03.
 STJCE de 23 de marzo de 2006, *Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de Bélgica*, asunto C-408/03.
 STJCE de 31 de enero de 2006, *Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de España*, asunto C-503/03.
 STJCE de 26 de mayo de 2005, *José Allard*, asunto C-249/04.
 STJCE de 19 de octubre de 2004, *Zhu y Chen*, asunto C-200/02.
 STJCE de 14 de octubre de 2004, *Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de los Países Bajos*, asunto C-299/02.
 STJCE de 29 de abril de 2004, *Orfanopoulos y Oliveri*, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01.
 STJCE de 23 de septiembre de 2003, *Hacene Akrich*, asunto C-109/01.
 STJCE de 26 de noviembre de 2002, *Olazábal*, asunto C-100/01.
 STJCE de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast y R.*, C-413/99.
 STJCE de 25 de julio de 2002, *MRAX*, asunto C-459/99.
 STJCE de 11 de julio de 2002, *Carpenter*, asunto C-60/00.
 STJCE de 20 de septiembre de 2001, *Grzelczyk*, asunto C-184/99.
 STJCE de 6 de marzo de 2001, *Bernard Connolly*, asunto C-274/99 P.
 STJCE de 14 de diciembre de 2000, *Fazenda Pública*, asunto C-446/98.
 STJCE de 7 de diciembre de 2000, *VEBIC*, asunto C-439/08.
 STJCE de 2 de octubre del 2000, *Josef Corsten*, asunto C-58/98.
 STJCE de 19 de septiembre de 2000, *Linster*, asunto C-287/98.
 STJCE de 10 de febrero de 2000, *Nazli*, asunto C-340/97.
 STJCE de 19 de enero de 1999, *Donatella Calfa*, asunto C-348/96.
 STJCE de 27 de octubre de 1997, *Pierre Bouchereau*, asunto 30/77.
 STJCE de 18 de mayo de 1982, *Adoui y Cornuaille/Estado belga*, asuntos acumulados C-115/81 y 116/81.
 STJCE de 28 de octubre de 1975, *Rutili*, asunto 36/75.
 STJCE de 26 de febrero de 1975, *Bonsignore*, asunto 67/74.

2.4.3. Conclusiones de los Abogados Generales

Conclusiones del AG Yves Bot, presentadas el 24 de octubre de 2017, M., asunto C-353/16.

Conclusiones del AG Nils Wahl, presentadas el 5 de octubre de 2017, *F.*, asunto C-473/16.

Conclusiones de la AG Eleanor Sharpston presentadas el 18 de mayo de 2017, *Ouhrami*, asunto C-225/16.

Conclusiones del AG Paolo Mengozzi, presentadas el 3 de mayo de 2017, *M.*, asunto C-560/14.

Conclusiones del AG M. Campos Sánchez-Bordona, presentadas el 6 de abril de 2017, *Moussa Sacko*, asunto C-348/16.

Conclusiones del AG, Yves Bot, presentadas el 1 de marzo de 2017, *Khbir Amayry*, asunto C-60/16.

Conclusiones del AG Paolo Mengozzi, presentadas 7 de febrero de 2017, en el caso *X. c. Bélgica*, asunto C-638/16 PPU.

Conclusiones de la AG Eleanor Sharpston, presentadas el 31 de mayo de 2016, *Mostafa Lounani*, asunto C-573/14.

Conclusiones del AG, Maciej Szpunar, presentadas el 2 de febrero de 2016, *Affum*, asunto C-47/15.

Conclusiones del AG, Maciej Szpunar, presentadas el 28 de abril de 2015, *Celaj*, asunto C 290/14.

Conclusiones de la AG Eleanor Sharpston, presentadas el 11 de noviembre de 2014, *Shepherd*, asunto C-472/13.

Conclusiones del AG Yves Bot, presentadas el 4 de septiembre de 2014, *Abdida*, asunto C-562/13.

Conclusiones de la AG Eleanor Sharpston, presentadas el 17 de julio de 2014, *A. y otros*, asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13.

Conclusiones del AG Yves Bot, presentadas el 17 de julio de 2014, *Mohamed M'Bodj*, asunto C-542/13.

Conclusiones del AG Melchior Wathelet, presentadas el 25 de junio de 2014, *Boudjlida*, asunto C-249/13.

Conclusiones del AG Sr. Melchior Wathelet, presentadas el 25 de junio de 2014, *Mukarubega*, asunto C-166/13.

Conclusiones de AG, Maciej Szpunar, presentadas el 14 de mayo de 2014, *Mahdi*, asunto C-146/14 PPU.

Conclusiones del AG, Yves Bot, presentadas el 30 de abril de 2014, *Bero y Bouzalmate*, asuntos acumulados C-473/13 y C-514/13.

Conclusiones del AG Yves Bot, presentadas el 7 de noviembre de 2013, *H.N.*, asunto C-604/12.

Conclusiones del AG Sr. Melchior Wathelet, presentadas el 23 de agosto de 2013, *G. y R.*, asunto C-383/13 PPU.

Conclusiones del AG Paolo Mengozzi, presentadas el 18 de julio de 2013, *Diakité*, asunto C-285/12.

Conclusiones de la AG Eleanor Sharpston, presentadas el 11 de julio de 2013, *X. y otros*, acumulados C-199/12 a C-201/12.

Conclusiones del AG Niilo Jääskinen presentadas el 18 de abril de 2013, *Puid*, asunto C-4/11.

Conclusiones de la AG Eleanor Sharpston, presentadas el 13 de septiembre de 2012, *Abed El Kareem El Kott*, asunto C-364/11.

Conclusiones del AG Yves Bot, presentadas el 12 de septiembre de 2012, *ZZ*, asunto C-300/11.

Conclusiones del AG Yves Bot, presentadas el 26 de abril de 2012, *M.*, asunto C-277/11.

Conclusiones del AG Yves Bot, presentadas el 19 de abril de 2012, *Y. y Z*, asuntos acumulados C-71/11 y C-99/11.

Conclusiones del AG, Ján Mazák presentadas el 26 de octubre de 2011, *Achughbajian*, asunto C-329/11.

Conclusiones del AG, Ján Mazák, presentadas el 1 de abril de 2011, *El Dridi*, asunto C-61/11 PPU.

Conclusiones de la AG Eleanor Sharpston, presentadas el 30 de septiembre de 2010, *Ruiz Zambrano*, asunto C-34/09.

Conclusiones del AG Paolo Mengozzi, presentadas el 1 de junio de 2010, *B. y D.*, asuntos acumulados C-57/09 y C-101/09.

Conclusiones de la AG Eleanor Sharpston, presentadas el 4 de marzo de 2010, *Bolbol*, asunto C-31/09.

Conclusiones del AG Ján Mazák, presentadas el 10 de noviembre de 2009, *Kadzoev*, asunto C-357/09 PPU.

Conclusiones del AG Ján Mazák, presentadas el 15 de septiembre de 2009, *Salahadin Abdulla y otros*, asuntos acumulados C-175/08, C-176/08, C-178/08 y C-179/08.

Conclusiones de la AG Juliane Kokott, presentadas el 19 de mayo de 2009, *Zurita García y Choque Cabrera*, asuntos acumulados C-261/08 y C-348/08.

Conclusiones del AG M. Poiares Maduro, presentadas el 9 de septiembre de 2008, *Elgafaji*, C-465/07.

Conclusiones de la AG Juliane Kokott, presentadas el 8 de septiembre de 2005, *Parlamento Europeo c. Consejo de la Unión Europea*, asunto C-540/03.

Conclusiones de la AG Christine Stix-Hackl, presentadas el 11 de septiembre de 2003, *Orfanopoulos y otros y Raffaele Oliveri*, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01.

Conclusiones de la AG Christine Stix-Hackl, presentadas el 13 de septiembre de 2001, *Carpenter*, asunto C-60/00.

3. TRIBUNALES ESPAÑOLES

3.1. Tribunal Constitucional

STC 46/2014, de 7 de abril (*BOE* n. 111, de 7 de mayo de 2014).

STC 186/2013, de 4 de noviembre (*BOE* n. 290, de 4 de diciembre de 2013).

STC 17/2013, de 31 de enero (*BOE* n. 49, de 26 de febrero de 2013).

STC 169/2012, de 1 de octubre (*BOE* n. 263, de 1 de noviembre de 2012).

STC 145/2011, de 26 de septiembre (*BOE* n. 258, de 26 de octubre de 2011).

STC 212/2009, de 26 de noviembre (*BOE* n. 313, de 29 de diciembre de 2009).

STC 140/2009, de 15 de junio, (*BOE* n. 172, de 17 de julio de 2009).

STC 169/2008, de 15 de diciembre (*BOE* n. 8, de 9 de enero de 2009).

STC 260/2007, de 20 de diciembre (*BOE* n. 19, de 22 de enero de 2008).

STC 236/2007, de 7 de noviembre (*BOE* n. 295, de 10 de diciembre de 2007).

STC 174/1999, de 27 de septiembre (*BOE* n. 263, de 3 de noviembre de 1999).

STC 182/1996, de 12 de noviembre (*BOE* n. 303, de 17 de diciembre de 1996).

STC 96/1995, de 19 de junio (*BOE* n. 175, de 24 de julio de 1995).

STC 242/1994, de 20 de julio (*BOE* n. 197, de 18 de agosto de 1994).

STC, 116/1993 de 29 de marzo (*BOE* n. 107, de 5 de mayo de 1993).

STC, 94/1993 de 22 de marzo (*BOE* n. 100, de 27 de abril de 1993).

STC 144/1990, de 26 de septiembre (*BOE* n. 254, de 23 de octubre de 1990).

STC 115/1987, de 7 de julio (*BOE* n. 180, de 29 de julio de 1987).

STC 41/1982, de 2 de julio (*BOE* n. 185, de 4 de agosto de 1982).

3.2. Tribunal Supremo

- STS 483/2016 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), recurso n. 2575/2015, de 9 de febrero de 2016.
- STS 5211/2015 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), recurso n. 1699/2015, de 10 de diciembre de 2015.
- STS 4032/2014 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), recurso n. 1133/2014, de 10 de octubre de 2014.
- STS 1510/2014 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), recurso n. 3272/2012, de 25 de abril de 2014.
- STS 818/2014 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), recurso n. 2034/2013, de 6 de marzo de 2014.
- STS 1971/2013 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), recurso n. 2529/2012, 27 de marzo de 2013.
- STS 8195/2012 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), recurso n. 1723/2012, de 5 de diciembre de 2012.
- STS 5954/2011 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), recurso n. 5327/2010, de 29 de septiembre de 2011.
- STS 5927/2011 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), recurso n. 4293/2010, de 19 de septiembre de 2011.
- STS 4604/2011 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), recurso n. 1298/2010, de 30 de junio de 2011.
- STS 6142/2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), recurso n. 5265/2005, de 28 de noviembre de 2008.
- STS 6172/2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), recurso n. 9581/2003, de 28 de noviembre de 2008.
- STS 7390/2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), recurso n. 2448/2004, de 8 de noviembre de 2007.
- STS 6962/2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), recurso n. 1624/2004, de 23 de octubre de 2007.
- STS 6676/2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), recurso n. 2244/2004, de 4 de octubre de 2007.
- STS 4158/2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), recurso n. 8969/2003, de 14 de junio de 2007.
- STS 2136/2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), recurso n. 788/2004, de 29 de marzo de 2007.
- STS 1695/2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), recurso n. 10469/2003, de 16 de marzo de 2007.
- STS 1355/2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), recurso n. 8772/2003, de 28 de febrero de 2007.
- STS 1235/2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), recurso n. 10355/2003, de 22 de febrero de 2007.
- STS 1229/2007 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª), recurso n. 9543/2003, de 22 de febrero de 2007.
- STS 8219/2006 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), recurso n. 6382/2003, de 19 de diciembre de 2006.
- STS 3165/2006 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), recurso n. 4126/2003, de 26 de mayo de 2006.
- STS 1969/2006 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), recurso n. 1972/2003, de 30 de marzo de 2006.

STS 7749/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), recurso n. 5824/2002, de 9 de diciembre de 2005.

STS 3149/2005 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), recurso n. 819/2004, de 17 de mayo de 2005.

STS 4932/2004 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), recurso n. 7/2004, de 8 de julio de 2004.

STS 5526/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), recurso n. 2091/1999, de 17 de septiembre de 2003.

3.3. Tribunales Superiores de Justicia

STSJ de Madrid 7376/2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 10ª) recurso n. 811/2017, de 5 de julio de 2018.

STSJ del País Vasco 1155/2017, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), recurso n. 4/2017, de 16 de marzo de 2017.

STSJ de Galicia 3570/2015 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), recurso n. 187/2015, de 20 de mayo de 2015.

STSJ de Cataluña 4336/2015 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), recurso n. 397/2014, de 7 de mayo de 2015.

3.4. Audiencias Provinciales

SAP de Madrid 13728/2013 (Juzgado de lo Penal nº 5, Sección 6ª), recurso n. 198/2013 de 30 de octubre de 2013.

ANEXO. PROYECTO DE LA CDI

Naciones Unidas

A/CN.4/L.832



Asamblea General

Distr. limitada
30 de mayo de 2014
Español
Original: francés e inglés

Comisión de Derecho Internacional

66º período de sesiones

Ginebra, 5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2014

Expulsión de extranjeros

Texto y título de los proyectos de artículos aprobados por el Comité de Redacción en segunda lectura

Expulsión de extranjeros

Primera parte Disposiciones generales

Artículo 1¹ Ámbito de aplicación

1. El presente proyecto de artículos se aplica a la expulsión por un Estado de extranjeros que se encuentran en su territorio.

2. El presente proyecto de artículos no se aplica a los extranjeros que gozan de privilegios e inmunidades en virtud del derecho internacional.

Artículo 2 Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de artículos:

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

¹ Los números de los proyectos de artículo aprobados anteriormente por la Comisión a título provisional se indican entre corchetes.

GE.14-03832 (S) 030614 040614



* 1 4 0 3 8 3 2 *

Se ruega reciclar



b) Se entiende por "extranjero" la persona física que no tiene la nacionalidad del Estado en cuyo territorio se encuentra.

Artículo 3 **Derecho de expulsión**

Un Estado tiene el derecho de expulsar a un extranjero de su territorio. La expulsión se efectuará de conformidad con el presente proyecto de artículos, sin perjuicio de otras normas de derecho internacional aplicables, en particular las relativas a los derechos humanos.

Artículo 4 **Obligación de conformidad con la ley**

Un extranjero solo podrá ser expulsado en cumplimiento de una resolución adoptada conforme a la ley.

Artículo 5 **Motivos de expulsión**

1. Toda resolución de expulsión deberá ser motivada.
2. Un Estado solo podrá expulsar a un extranjero por un motivo previsto en la ley.
3. El motivo de expulsión será evaluado de buena fe y de manera razonable, a la luz de todas las circunstancias, teniendo en cuenta en particular, cuando proceda, la gravedad de los hechos, el comportamiento del extranjero en cuestión o el carácter actual de la amenaza a que los hechos dan lugar.
4. Un Estado no expulsará a un extranjero por un motivo contrario a las obligaciones que le incumben en virtud del derecho internacional.

Segunda parte **Casos de expulsiones prohibidas**

Artículo 6 **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 constituye una amenaza para la seguridad del país en el que se encuentra o que, habiendo sido condenada

mediante sentencia firme por la comisión de un delito particularmente grave, constituye una amenaza para la comunidad de dicho país.

Artículo 7 **Normas relativas a la expulsión de apátridas**

El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de las normas de derecho internacional relativas a los apátridas, y en particular de la norma de que un Estado no expulsará a un apátrida que se encuentre legalmente en su territorio, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público.

Artículo 8 [9] **Privación de la nacionalidad con el fin de la expulsión**

Un Estado no convertirá a su nacional en extranjero, privándolo de su nacionalidad, con el único fin de expulsarlo.

Artículo 9 [10] **Prohibición de la expulsión colectiva**

1. A los efectos del presente proyecto de artículo, se entiende por expulsión colectiva la expulsión de extranjeros como grupo.
2. Queda prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.
3. Un Estado podrá expulsar conjuntamente a los miembros de un grupo de extranjeros siempre que la medida de expulsión se adopte al término y sobre la base de una evaluación de la situación particular de cada uno de los miembros que integran el grupo de conformidad con el presente proyecto de artículos.
4. El presente proyecto de artículo se entiende sin perjuicio de las normas de derecho internacional aplicables a la expulsión de extranjeros en caso de un conflicto armado en que participe el Estado expulsor.

Artículo 10 [11] **Prohibición de la expulsión encubierta**

1. Queda prohibida toda forma de expulsión encubierta de un extranjero.
2. A los efectos del presente proyecto de artículo, se entiende por expulsión encubierta la salida forzosa de un extranjero de un Estado que resulte indirectamente de una acción o una omisión atribuible a dicho Estado, también cuando ese Estado apoye o tolere actos cometidos por sus nacionales u otras personas que tengan por objeto provocar la salida de extranjeros de su territorio en una forma no prevista por la ley.

Artículo 11 [12] **Prohibición de la expulsión con el fin de confiscar bienes**

Queda prohibida la expulsión de un extranjero con el fin de confiscar sus bienes.

Artículo 12 [13]
Prohibición de recurrir a la expulsión con el fin de eludir un procedimiento de extradición en curso

Un Estado no recurrirá a la expulsión de un extranjero con el fin de eludir un procedimiento de extradición en curso.

Tercera parte
Protección de los derechos de los extranjeros objeto de expulsión

Capítulo I
Disposiciones generales

Artículo 13 [14]
Obligación de respetar la dignidad humana y los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión

1. Todo extranjero objeto de expulsión será tratado humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano durante todo el procedimiento de expulsión.

2. Tendrá derecho a que se respeten sus derechos humanos, incluidos los enunciados en el presente proyecto de artículos.

Artículo 14 [15]
Prohibición de la discriminación

El Estado expulsor respetará los derechos del extranjero objeto de expulsión sin discriminación alguna, en particular por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, o por cualquier otro motivo que no sea admisible en derecho internacional.

Artículo 15 [16]
Personas vulnerables

1. Los niños, las personas de edad, las personas con discapacidad, las mujeres embarazadas y otras personas vulnerables objeto de expulsión serán consideradas como tales, y tratadas y protegidas teniendo debidamente en cuenta su vulnerabilidad.

2. En particular, en todas las medidas concernientes a los niños que sean objeto de expulsión, el interés superior del niño será una consideración primordial.

Capítulo II

Protección requerida en el Estado expulsor

Artículo 16 [17]

Obligación de proteger el derecho a la vida del extranjero objeto de expulsión

El Estado expulsor protegerá el derecho a la vida del extranjero objeto de expulsión.

Artículo 17 [18]

Prohibición de la tortura y de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

El Estado expulsor no someterá a un extranjero objeto de expulsión a la tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 18 [20]

Obligación de respetar el derecho a la vida familiar

El Estado expulsor respetará el derecho a la vida familiar del extranjero objeto de expulsión. No interferirá de manera arbitraria o ilícita en el ejercicio de ese derecho.

Artículo 19

Detención del extranjero a efectos de su expulsión

1. a) La detención de un extranjero a efectos de su expulsión no será arbitraria ni tendrá carácter punitivo.
- b) El extranjero detenido a efectos de su expulsión, salvo en circunstancias excepcionales, estará separado de las personas condenadas a penas de privación de libertad.
2. a) La duración de la detención se circunscribirá al período que sea razonablemente necesario para llevar a cabo la expulsión. Queda prohibida toda detención de duración excesiva.
- b) La prolongación de la duración de la detención solo podrá ser decidida por un tribunal o, con sujeción a control judicial, por otra autoridad competente.
3. a) La detención de un extranjero objeto de expulsión se examinará a intervalos regulares sobre la base de criterios precisos definidos por la ley.
- b) A reserva de lo dispuesto en el párrafo 2, se pondrá fin a la detención a efectos de expulsión cuando la expulsión no pueda llevarse a cabo, salvo que ello se deba a razones imputables al extranjero en cuestión.

Artículo 20 [30]

Protección de los bienes del extranjero objeto de expulsión

El Estado expulsor adoptará las medidas apropiadas para proteger los bienes del extranjero objeto de expulsión y le permitirá, de conformidad con la ley, disponer de ellos libremente, incluso desde fuera del país.

Capítulo III

Protección en relación con el Estado de destino

Artículo 21

Salida hacia el Estado de destino

1. El Estado expulsor adoptará las medidas apropiadas para facilitar la salida voluntaria del extranjero objeto de expulsión.

2. En caso de ejecución forzosa de la resolución de expulsión, el Estado expulsor adoptará las medidas necesarias para asegurar, en la medida de lo posible, el traslado seguro del extranjero objeto de expulsión al Estado de destino, de conformidad con las normas de derecho internacional.

3. El Estado expulsor concederá al extranjero objeto de expulsión un plazo razonable para preparar su salida, tomando en consideración todas las circunstancias.

Artículo 22

Estado de destino del extranjero objeto de expulsión

1. El extranjero objeto de expulsión será expulsado al Estado de su nacionalidad o a cualquier otro Estado que tenga la obligación de acogerlo en virtud del derecho internacional, o a cualquier Estado que acepte acogerlo a solicitud del Estado expulsor o, en su caso, del interesado.

2. Cuando el Estado de nacionalidad o cualquier otro Estado que tenga la obligación de acoger al extranjero en virtud del derecho internacional no haya sido identificado y ningún otro Estado acepte acoger al extranjero, este podrá ser expulsado a cualquier Estado en que tenga derecho de entrada o de estancia o, en su caso, al Estado desde el que entró en el Estado expulsor.

Artículo 23

Obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que su vida estaría amenazada

1. Ningún extranjero será expulsado a un Estado en el que su vida estaría amenazada, en particular por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, nacimiento u otra condición, o por cualquier otro motivo que no sea admisible en derecho internacional.

2. Un Estado que no tenga la pena de muerte no expulsará a un extranjero a un Estado en el que este haya sido condenado a muerte o corra un riesgo real de ser condenado a muerte, salvo que haya obtenido previamente la garantía de que no se impondrá dicha pena o que, de haber sido impuesta ya, no será ejecutada.

Artículo 24
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 o degradantes

Un Estado no expulsará a un extranjero a un Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometido a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Capítulo IV
Protección en el Estado de tránsito

Artículo 25
Protección en el Estado de tránsito de los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión

El Estado de tránsito protegerá los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión, de conformidad con sus obligaciones en virtud del derecho internacional.

Cuarta parte
Reglas específicas de procedimiento

Artículo 26
Derechos procesales del extranjero objeto de expulsión

1. El extranjero objeto de expulsión goza de los siguientes derechos procesales:
 - a) derecho a ser notificado de la resolución de expulsión;
 - b) derecho a recurrir la resolución de expulsión, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello;
 - c) derecho a ser oído por una autoridad competente;
 - d) derecho de acceso a vías efectivas para recurrir la resolución de expulsión;
 - e) derecho a estar representado ante la autoridad competente; y
 - f) derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete si no comprende o no habla el idioma empleado por la autoridad competente.
2. Los derechos enunciados en el párrafo 1 se entienden sin perjuicio de otros derechos o garantías procesales previstos por la ley.
3. El extranjero objeto de expulsión tiene derecho a solicitar asistencia consular. El Estado expulsor no impedirá el ejercicio de este derecho ni la prestación de asistencia consular.
4. Los derechos procesales previstos en este artículo se entienden sin perjuicio de la aplicación de la legislación del Estado expulsor relativa a la expulsión de los extranjeros que se encuentren ilegalmente en su territorio desde hace poco tiempo.

Artículo 27

Efecto suspensivo del recurso contra la resolución de expulsión

El recurso interpuesto por un extranjero objeto de expulsión que se encuentre legalmente en el territorio del Estado expulsor contra una resolución de expulsión tendrá un efecto suspensivo de dicha resolución cuando haya un riesgo real de perjuicio grave e irreversible.

Artículo 28

Procedimientos internacionales de recurso individual

El extranjero objeto de expulsión podrá hacer uso de cualquier procedimiento de recurso individual disponible ante una instancia internacional competente.

Quinta parte

Consecuencias jurídicas de la expulsión

Artículo 29

Readmisión en el Estado expulsor

1. El extranjero que, encontrándose legalmente en el territorio de un Estado, sea expulsado por este, tendrá derecho a la readmisión en el Estado expulsor si una autoridad competente determina que la expulsión fue ilícita, a no ser que la readmisión constituya una amenaza para la seguridad nacional o el orden público, o que por alguna otra razón el extranjero ya no cumpla las condiciones de admisión con arreglo al derecho del Estado expulsor.

2. En ningún caso la resolución de expulsión ilícita adoptada anteriormente podrá ser invocada para impedir la readmisión del extranjero.

Artículo 30 [31]

Responsabilidad del Estado en caso de expulsión ilícita

La expulsión de un extranjero en incumplimiento de obligaciones del Estado expulsor recogidas en el presente proyecto de artículos o en cualquier otra norma de derecho internacional genera la responsabilidad internacional de ese Estado.

Artículo 31 [32]

Protección diplomática

El Estado de nacionalidad del extranjero objeto de expulsión podrá ejercer la protección diplomática con respecto a ese extranjero.
