



# Asamblea General

Distr. general  
19 de marzo de 2010  
Español  
Original: francés

## Comisión de Derecho Internacional

62º período de sesiones

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

### Sexto informe sobre la expulsión de los extranjeros\*

Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial

## Índice

	<i>Página</i>
Introducción .....	3
I. Complemento de la primera parte, relativa a las normas generales .....	5
Capítulo 3: Prácticas de expulsión prohibidas (continuación) .....	5
A. Expulsión colectiva .....	6
B. Expulsión encubierta .....	9
Proyecto de artículo A: Prohibición de la expulsión encubierta .....	14
C. Extradición encubierta como expulsión .....	14
Proyecto de artículo 8: Prohibición de la extradición encubierta como expulsión .....	28
D. Motivos de expulsión .....	28
1. Orden público y seguridad pública .....	29
a) Orden público .....	30
b) Seguridad pública .....	33
2. Criterios de apreciación de los motivos de orden público y de seguridad pública .....	38

\* El Relator Especial expresa su profundo agradecimiento a la Sra. Brusil Miranda Metou, Profesora de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Yaundé II, por su ayuda en la recopilación de la documentación necesaria para redactar el presente informe, así como a la secretaria de la Comisión, autora del Memorando publicado con la signatura A/CN.4/565, que le ha sido de gran utilidad en lo relativo, en particular, al estudio de las legislaciones nacionales. No obstante, el Relator Especial es responsable único del contenido del presente informe.



3.	Otros motivos de expulsión . . . . .	46
a)	Interés superior del Estado . . . . .	47
b)	Violación de la ley . . . . .	48
c)	Condena a una pena de prisión . . . . .	56
d)	Incumplimiento de las formalidades administrativas . . . . .	61
e)	Salud pública . . . . .	64
f)	Buenas costumbres . . . . .	69
i)	Mendicidad y vagabundeo . . . . .	73
ii)	Perversión y conducta disoluta . . . . .	73
g)	Motivo ideológico y actividad política . . . . .	75
i)	La ideología . . . . .	75
ii)	Actividades políticas . . . . .	75
h)	Motivo "cultural" . . . . .	77
i)	Entrada ilegal . . . . .	78
j)	Incumplimiento de las condiciones de admisión . . . . .	83
k)	Motivos económicos . . . . .	87
l)	Medida preventiva o disuasoria . . . . .	89
m)	Represalias . . . . .	90
n)	Otros motivos . . . . .	91
	Proyecto de artículo 9: Motivos de expulsión . . . . .	93
E.	Condiciones de detención de la persona en vías de expulsión . . . . .	93
1.	Ejemplos de condiciones de detención que menoscaban los derechos de los extranjeros en vías de expulsión . . . . .	94
2.	Condiciones de ejecución de la expulsión . . . . .	105
3.	Condiciones de detención del extranjero en vías de expulsión . . . . .	110
4.	Duración de la detención . . . . .	127
	Proyecto de artículo B: Obligación de respetar los derechos humanos del extranjero durante su expulsión o en el período de detención con miras a su expulsión . . . . .	132

## Introducción

1. En su quinto informe (A/CN.4/611), el Relator Especial sobre la expulsión de los extranjeros siguió examinando las cuestiones relacionadas con la protección de los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión como límites del derecho a expulsar del Estado. El enfoque adoptado por el Relator Especial al respecto provocó malentendidos en la Comisión, que fueron disipados en el documento A/CN.4/617, donde se trató de dar respuesta a diversas preocupaciones expresadas por los miembros de la Comisión durante los debates en sesión plenaria y se reordenaron los proyectos de artículo 8 a 15, a los que se añadió un nuevo proyecto de artículo relativo a la aplicación de esos proyectos de artículos al Estado de tránsito. Los proyectos de artículos así modificados debían, en opinión del Relator Especial, ser enviados al Comité de Redacción de conformidad con la decisión de la mayoría de los miembros de la Comisión.

2. Durante el examen por la Sexta Comisión de la Asamblea General del informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 61º período de sesiones<sup>1</sup>, algunas delegaciones reconocieron que el tema de la expulsión de los extranjeros era complejo y expresaron reservas sobre la conveniencia de codificarlo. También se destacó la dificultad de establecer normas generales en la materia. Si bien algunas delegaciones insistieron en la necesidad de que la labor de la Comisión se basara en las prácticas en vigor en los Estados, otras estimaron que determinados proyectos de artículo propuestos eran muy generales o no estaban justificados por una práctica suficiente en el ámbito del derecho consuetudinario.

3. Aunque se expresó el deseo de que la Comisión siguiera avanzando en el tema durante su 62º período de sesiones, también se sugirió que deliberase sobre el enfoque que debía adoptarse en el examen del tema, incluida la estructura de los proyectos de artículo que se estaban elaborando, así como el posible resultado de la labor de la Comisión.

4. Algunas delegaciones deseaban que se delimitara claramente el tema, habida cuenta en particular de las diversas situaciones y medidas que se debían tratar. Se sostuvo que cuestiones como la denegación de admisión, la extradición, otros traslados por motivos de seguridad y las expulsiones en situaciones de conflicto armado debían quedar excluidas del alcance del proyecto de artículos. También se hizo hincapié en la distinción entre el derecho de un Estado a expulsar extranjeros y la ejecución de una decisión de expulsión mediante la deportación. Asimismo, se subrayó la necesidad de distinguir entre los supuestos de extranjeros en situación regular y en situación irregular.

5. En relación con la no expulsión de nacionales, se sostuvo que debían prohibirse esas expulsiones. También se señaló que tal prohibición se aplicaba asimismo a quienes hubieran adquirido una o más nacionalidades distintas.

6. Por lo que respecta a la protección de los derechos de las personas expulsadas, las delegaciones valoraron positivamente la importancia asignada por la Comisión a la protección de los derechos humanos al examinar el tema. Algunas delegaciones subrayaron la necesidad de conciliar el derecho de los Estados a expulsar a los

---

<sup>1</sup> Véase el Resumen por temas, preparado por la Secretaría, de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo cuarto período de sesiones (A/CN.4/620, 26 de enero de 2010), párrs. 27 a 39.

extranjeros con los derechos de las personas expulsadas, teniendo en cuenta también la situación en el Estado de destino. Aunque se dio preferencia a la adopción de un enfoque detallado que no se limitara únicamente a una lista de derechos específicos, también se sostuvo que el análisis de la Comisión debía limitarse a aquellos derechos que fueran específicamente pertinentes en caso de expulsión, incluido el papel de las garantías ofrecidas por el Estado de destino en cuanto al respeto de esos derechos.

7. Otras delegaciones expresaron su preocupación acerca de la elaboración de una lista de los derechos humanos que debían respetarse en caso de expulsión, habida cuenta en particular del deber de respetar todos los derechos humanos y de la imposibilidad de enumerarlos todos en el proyecto de artículos. Muchas delegaciones se mostraron partidarias de introducir una disposición que estableciera la obligación general del Estado autor de la expulsión de respetar los derechos humanos de las personas expulsadas. Por otro lado, varias delegaciones se mostraron contrarias a establecer diferencias, a efectos de la expulsión, entre distintas categorías de derechos humanos, en particular mediante la calificación de algunos de esos derechos de “fundamentales” o “inviolables”.

8. Se sugirió asimismo que la Comisión se basara en principios asentados que figuraran en instrumentos ampliamente ratificados, en lugar de conceptos o soluciones derivados de la jurisprudencia regional.

9. Algunas delegaciones mencionaron algunos derechos humanos específicamente garantizados que debían reconocerse a las personas expulsadas, como el derecho a la vida, la prohibición de expulsar a personas a un Estado donde exista el riesgo de que sean objeto de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes y el derecho a la vida familiar. También se hizo hincapié en los derechos de propiedad de los extranjeros expulsados, en particular respecto de la confiscación de sus bienes, así como el derecho de indemnización en caso de expulsión irregular. Por otra parte, algunas delegaciones hicieron referencia a la necesidad de examinar los derechos procesales de las personas afectadas por la expulsión, como el derecho a impugnar la legalidad de la expulsión o el derecho a la asistencia letrada.

10. Se expresaron diversas opiniones sobre el respeto del derecho a la vida y la obligación de que el Estado, antes de expulsar a una persona, obtuviera garantías suficientes de que no se le impondría la pena de muerte en el Estado de destino. También se sostuvo que no debía hacerse recaer en los Estados la responsabilidad de anticipar el comportamiento de un tercero que no podían prever ni controlar.

11. Aunque se opinó que la dignidad humana era el fundamento de los derechos humanos en general y se sugirió que se explicara más detalladamente ese concepto, algunas delegaciones estimaron que el significado y los efectos jurídicos del derecho a la dignidad no estaban claros.

12. Varias delegaciones sostuvieron que era necesario incluir una disposición sobre la protección de las personas vulnerables, como los niños, las personas de edad, las personas con discapacidad y las mujeres embarazadas. También se sugirió que se reafirmara el principio del interés superior del niño en el contexto de la expulsión.

13. Se observó que no estaba claro el trato que debía darse al principio de no discriminación en el marco de la expulsión. Se señaló que el principio de no discriminación se aplicaba únicamente en el marco del procedimiento de expulsión y debía entenderse sin perjuicio de la facultad discrecional de los Estados de controlar la admisión a sus respectivos territorios y de establecer los motivos de expulsión de

los extranjeros en su normativa sobre inmigración. Varias delegaciones también expresaron dudas sobre la existencia, en el marco de la expulsión, de una prohibición absoluta de discriminación por motivos de nacionalidad.

14. En relación con los motivos de expulsión, algunas delegaciones sostuvieron que todo Estado soberano tenía derecho a expulsar a los extranjeros si estos habían cometido crímenes o delitos, si sus actos habían vulnerado las leyes de inmigración del país o si constituían una amenaza para la seguridad nacional o el orden público, o si la expulsión era necesaria para proteger la vida, la salud, los derechos o los intereses legítimos de los nacionales de ese Estado. También se indicó que la expulsión debía tener una causa legítima y cumplir el criterio de proporcionalidad entre los intereses del Estado autor de la expulsión y los de las personas expulsadas.

15. Cabe señalar que la complejidad de un tema no puede considerarse motivo suficiente para renunciar a su codificación. Al contrario: el Relator Especial estima que la razón de ser de la Comisión es, entre otras cosas, intentar aportar claridad en temas que parecen oscuros y respecto de los cuales no existe aún ningún conjunto de normas estructuradas y establecidas por medio de convenciones en el ordenamiento jurídico internacional.

16. Por lo que respecta a las demás observaciones y preocupaciones expresadas por los miembros de la Sexta Comisión, algunas de ellas tienen respuesta en el documento A/CN.4/617, antes citado, y otras la tendrán en el presente informe. En efecto, en un nuevo proyecto de plan de trabajo (A/CN.4/618) que contenía, en particular, una reordenación de los proyectos de artículo, el Relator Especial presentó a la Comisión una visión de conjunto del tratamiento del tema de la expulsión de los extranjeros y destacó la labor que, en su opinión, quedaba por hacer. El presente informe se ajusta a dicho plan y lo desarrolla en aquellos aspectos que requieren más precisiones. Por ejemplo, completa la primera parte del plan, dedicada a las “Normas generales”, desarrollando aspectos de la protección de los derechos de la persona expulsada o en vías de expulsión que no se pudieron abordar en los informes anteriores. Así pues, en el presente informe se ofrece primero un complemento de las “Normas generales”, se examina luego la segunda parte, relativa a los “Procedimientos de expulsión”, y se aborda por último la tercera parte, dedicada a las “Consecuencias jurídicas de la expulsión”.

## **I. Complemento de la primera parte, relativa a las normas generales**

17. Los elementos complementarios mencionados se refieren, por una parte, a las prácticas de expulsión prohibidas y, por otra, a la protección de los derechos de la persona expulsada o en vías de expulsión.

### **Capítulo 3: Prácticas de expulsión prohibidas (continuación)**

18. En este capítulo ya se examinó la cuestión de la expulsión colectiva. Se volverá a tratar brevemente este tema para disipar ciertas preocupaciones expresadas por algunos miembros de la Comisión. Luego se examinarán otras dos prácticas prohibidas, a saber, la expulsión encubierta y la extradición encubierta como expulsión, y, por último, los motivos de expulsión.

## A. Expulsión colectiva

19. Esta cuestión ya se trató en el tercer informe sobre la expulsión de extranjeros<sup>2</sup>. El proyecto de artículo 7 en la materia fue enviado al Comité de Redacción, que llevó a cabo la labor de redacción necesaria y lo aprobó en el transcurso de su última sesión. Cabe añadir, únicamente como información complementaria y, que el problema de las expulsiones colectivas o en masa fue debatido por la Asociación de Derecho Internacional en su 62ª Conferencia celebrada en Seúl en agosto de 1986, en la que se aprobó una declaración de principios de derecho internacional sobre este tema<sup>3</sup>. En esa declaración, que contiene 20 principios, solamente los principios 17 y 18 se refieren a la expulsión en masa de extranjeros. No se excluye, en principio, la expulsión en masa de extranjeros, sino que se declara simplemente que no debe aplicarse de manera arbitraria ni discriminatoria ni servir de pretexto para cometer genocidio, confiscar bienes o tomar represalias; además, la facultad de expulsión debe ejercerse de conformidad con los principios de buena fe, proporcionalidad y justicia, con observancia de los derechos fundamentales de las personas de que se trate.

20. Con este breve recordatorio sobre la cuestión de la expulsión colectiva de los extranjeros se pretende simplemente disipar las inquietudes de algunos miembros de la Comisión respecto del párrafo 3 del proyecto de artículo 7, relativo a la posibilidad de expulsar, en caso de conflicto armado, a un grupo de personas que actúe como tal grupo y realice actividades armadas que pongan en peligro la seguridad del Estado de residencia inmerso en un conflicto con el Estado de su nacionalidad. En su versión original, ese párrafo 3 establecía que “no podrán adoptarse medidas de expulsión colectiva contra los extranjeros nacionales de un Estado inmerso en un conflicto armado, salvo que se muestren hostiles, como grupo, hacia el Estado de acogida”. Los debates celebrados en el pleno sobre este párrafo continuaron en el Comité de Redacción, que introdujo las modificaciones que consideró necesarias<sup>4</sup>. En efecto, algunos miembros de la Comisión quisieron que se asegurara que esa disposición no era contraria al derecho internacional humanitario.

21. Para responder a esta preocupación, se pueden examinar varias disposiciones del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949 (Cuarto Convenio de Ginebra). Algunos de los autores que han analizado la cuestión de la expulsión colectiva o en masa de extranjeros en época de conflicto armado lo han hecho sobre todo desde el punto de vista de las deportaciones, traslados y evacuaciones<sup>5</sup>, haciendo hincapié en el artículo 49 del Cuarto Convenio de Ginebra, en cuyo párrafo primero se prohíben

<sup>2</sup> A/CN.4/581.

<sup>3</sup> Véase Asociación de Derecho Internacional, *Declaration of Principles of International Law on Mass Expulsion*, 62ª Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional, Seúl, 24 a 30 de agosto de 1986, *Conference Report 1986*.

<sup>4</sup> La versión aprobada finalmente por el Comité de Redacción será presentada en su momento al pleno por el presidente de dicho Comité.

<sup>5</sup> Véase, en particular, D. Oppenheim y H. Lauterpacht, *International Law, A Treatise*, vol. 2, *Disputes, War and Neutrality*, 7ª ed., Londres, Longman, 1952, págs. 441 y 442; G. J. L. Coles, “The Problem of Mass Expulsion. A Background Paper”, documento de antecedentes preparado para el Grupo de Trabajo de Expertos sobre el problema de la expulsión en masa del Instituto Internacional de Derecho Humanitario, San Remo (Italia) (16 a 18 de abril de 1983), en especial págs. 78 a 80; S. Oda, “The Individual in International Law”, M. Sorensen (ed.), *Manual of Public International Law*, Londres, Melbourne, Toronto, MacMillan, 1968, pág. 482.

“los traslados en masa o individuales, de índole forzosa, así como las deportaciones de personas protegidas del territorio ocupado al territorio de la Potencia ocupante o al de cualquier otro país, ocupado o no, (...) sea cual fuere el motivo”. Otro autor estima, por el contrario, que más bien deben tenerse en cuenta los artículos 35 a 46 de ese Convenio, disposiciones que, en su opinión, se refieren al trato que debe dispensarse a los extranjeros en el territorio de un Estado beligerante, así como los artículos 27 a 34, que son disposiciones comunes a los territorios de las partes en conflicto y a los territorios ocupados<sup>6</sup>.

22. Es cierto que, a excepción de los supuestos de salida voluntaria previstos en el artículo 35 en las condiciones establecidas en el artículo 36 del Cuarto Convenio de Ginebra, existe el riesgo de que los extranjeros no repatriados sean objeto posteriormente de una medida de expulsión colectiva o en masa. A este respecto, cabría argumentar, por un lado, que el artículo 38, relativo a las personas no repatriadas, establece que “la situación de las personas protegidas continuará rigiéndose, en principio, por las disposiciones relativas al trato debido a los extranjeros en tiempo de paz” y, por otro, que el artículo 45, relativo a la transferencia a otra Potencia, regula todo traslado individual o colectivo de las personas protegidas realizado por la Potencia detenedora.

23. Una lectura conjunta de los artículos 45 y 4 del Cuarto Convenio de Ginebra podría inducir a pensar que el párrafo 3 del proyecto de artículo 7, antes citado, sería contrario al derecho humanitario. En realidad no es así.

24. En efecto, según el artículo 45, “en ningún caso se podrá transferir a una persona protegida a un país donde pueda temer persecuciones a causa de sus opiniones políticas o religiosas”. En el artículo 4 del Convenio se define a las personas protegidas como “las personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas”. El párrafo 3 en cuestión no está comprendido en el supuesto contemplado en los artículos 45 y 4 del Cuarto Convenio de Ginebra. En primer lugar, el artículo 4 no parece referirse claramente al caso de un grupo de extranjeros que resida habitualmente en el territorio de un Estado que participe en un conflicto armado con el Estado de su nacionalidad. Y aun suponiendo que una interpretación extensiva de los términos “personas ... en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas” permita incluir los grupos de extranjeros en cuestión, cabe señalar que dicho grupo de extranjeros no entraría en la definición de “personas protegidas” en el sentido del Convenio, en la medida en que pueden asimilarse a “combatientes” debido a sus actividades armadas hostiles, que ponen en peligro la seguridad del Estado autor de la expulsión que es, en este caso, el Estado de residencia de las personas en cuestión. Cabe recordar que, con arreglo al derecho internacional humanitario, se entiende por combatientes a “los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto (salvo aquellos que formen parte del personal sanitario y religioso a que se refiere el artículo 33 del III Convenio)” (artículo 43, párrafo 2, del Protocolo Adicional I de 1977). Por otra parte, dado que el grupo de extranjeros en cuestión realiza sus actividades armadas hostiles en interés del Estado de la nacionalidad de sus miembros, inmerso en un conflicto armado con el Estado de residencia, los miembros del grupo expulsados o en vías de

<sup>6</sup> Véase R. Perruchoud, “L’expulsion en masse d’étrangers”, *Annuaire français de droit international*, XXXIV, 1988, págs. 677 a 693, en especial pág. 687.

expulsión no pueden “temer persecuciones a causa de sus opiniones políticas o religiosas”. El mero hecho de combatir por su país los pone a salvo de ese peligro.

25. Como ha señalado acertadamente un autor, “en 1949, sobre la base de las experiencias registradas durante la guerra, lo importante no era tanto proteger a los civiles enemigos de una expulsión en masa, sino protegerlos del internamiento o los trabajos forzados, medidas que podían convertir a esas personas en rehenes virtuales. Por este motivo, el artículo 35 atribuye a toda persona protegida el derecho a salir del territorio al comienzo o en el transcurso de un conflicto”<sup>7</sup>. Por tanto, no es sorprendente que ni el artículo 45 ni las demás disposiciones analizadas mencionen la expulsión, ya sea individual o colectiva. De las consideraciones expuestas se ha extraído la siguiente conclusión, que confirma la postura expresada por el Relator Especial en los debates sobre el párrafo 3 del proyecto de artículo 7 que figura en su tercer informe:

“Así pues, en el derecho de los conflictos armados no existe ninguna disposición específica sobre la expulsión en masa. Esta afirmación es válida tanto para los conflictos armados internacionales como para los que no lo son, de modo que hay que remitirse a la normativa general aplicable en tiempo de paz.”<sup>8</sup>

26. Ahora bien, las épocas de paz y las de guerra no son iguales, y algunos actos que pueden ser ordinarios en tiempo de paz cobran un significado y un alcance particulares en tiempo de guerra. Ante circunstancias excepcionales, medidas excepcionales. Así es como hay que considerar la cuestión de la expulsión colectiva en tiempo de guerra, teniendo presente que tal expulsión solo puede producirse en las circunstancias y condiciones expuestas en el tercer informe, a la luz de los elementos de la práctica de los Estados y de la jurisprudencia mencionados en dicho informe.

27. También es interesante recordar que el Instituto de Derecho Internacional había contemplado claramente los casos de expulsión colectiva en su *Resolución relativa a las normas internacionales sobre admisión y expulsión de extranjeros*, aprobada el 9 de septiembre de 1892 en su sesión de Ginebra. Bajo la denominación de “expulsión extraordinaria” se distinguía entre la “expulsión extraordinaria (o en masa) definitiva” y la “expulsión extraordinaria (o en masa) temporal”, que se aplicaba a categorías de personas “en razón de una guerra o de disturbios graves acaecidos en el territorio; solo surte efecto mientras dure la guerra o durante un plazo determinado”<sup>9</sup>.

28. En virtud de todo lo anterior, el Relator Especial no cree que el párrafo 3 del proyecto de artículo 7 contradiga el derecho internacional humanitario. Al contrario: se ajusta a la práctica antigua y reciente de los Estados, como se mostró en el tercer informe del Relator Especial.

<sup>7</sup> *Ibid.*, pág. 687.

<sup>8</sup> *Ibid.*, págs. 687 y 688.

<sup>9</sup> Instituto de Derecho Internacional, sesión de Ginebra, 1892, “Règles internationales sur l’admission et l’expulsion des étrangers” (relatores: L.-J. D. Féraud-Giraud y Ludwig von Bar), arts. 23 y 24.



## B. Expulsión encubierta

29. La expresión “expulsión encubierta” se emplea a menudo en los escritos de diversas organizaciones de defensa de los derechos de los extranjeros o de los miembros de ciertos grupos profesionales como los periodistas. Así, por mencionar únicamente algunos ejemplos recientes, se ha hablado de la “expulsión encubierta” del enviado especial de la cadena de televisión australiana ABC y de un equipo de la cadena de televisión neozelandesa TV3, obligados a abandonar Fiji el 14 de abril de 2009 por la junta militar que había tomado el poder en Suva tras un golpe de Estado en diciembre de 2006. Las fuerzas de seguridad de Fiji no detuvieron formalmente a los tres periodistas, pero los escoltaron hasta el aeropuerto de la capital y no les dejaron más opción que abandonar el país<sup>10</sup>. Se trata, en realidad, de una expulsión ocasionada por el comportamiento de las autoridades de un Estado, pero sin que exista un acto formal de expulsión<sup>11</sup>; en consecuencia, únicamente puede considerarse “encubierta” si se acepta que solo puede haber expulsión en virtud de un acto formal. Asimismo, se ha denunciado que la negativa a renovar los visados de nacionales franceses que residían en Madagascar, en particular el corresponsal de Radio France Internationale y de Deutsche Welle en ese país, constituía una “expulsión encubierta”, argumentando que las autoridades malgaches no habían motivado su decisión de denegación y que esa motivación era necesaria, al menos en el caso de los periodistas<sup>12</sup>. Ahora bien, la legislación malgache, al igual que la de la mayoría los demás países, no establece tal obligación; pero no solo eso: desde el punto de vista del derecho internacional, tanto la concesión de visados como su renovación son prerrogativas soberanas de cada Estado.

30. El concepto de expulsión encubierta plantea varios interrogantes. En primer lugar, ¿qué influencia tiene la intención en la legalidad o ilegalidad de dicha expulsión, habida cuenta, en particular, de la exigencia de motivación del acto de expulsión? En segundo lugar, ¿en qué medida es libre el Estado de elegir el procedimiento que se debe seguir para obligar a un extranjero a abandonar su territorio, teniendo presente que debe darse al extranjero en vías de expulsión la posibilidad de exponer sus argumentos y defender sus derechos?

31. No siempre es fácil distinguir los casos de expulsión encubierta o indirecta de la expulsión contraria a las normas de procedimiento. Cabe señalar, no obstante, que esta última no solo abarca los casos de expulsión ocasionada por un comportamiento del Estado, sino también la expulsión basada en un acto adoptado por una autoridad que no es competente o ejecutada sin respetar los distintos plazos previstos en la legislación nacional, mientras que la expulsión encubierta, que podría corresponder a lo que en inglés se ha denominado “*constructive expulsion*”<sup>13</sup>, se refiere exclusivamente a los casos en que, al ser una expulsión simulada o disfrazada, no es objeto de una medida formal. La práctica proporciona más ejemplos que los antes

<sup>10</sup> Véase “Censure préalable et expulsion des journalistes étrangers: Fidji devient une dictature militaire”, jueves 16 de abril de 2009, por Jesusparis.

<sup>11</sup> En su segundo informe el Relator Especial mostró que la expulsión podía producirse mediante el “comportamiento” de las autoridades de un Estado, sin la adopción de un acto formal (A/CN.4/573, párr. 189).

<sup>12</sup> Véase [www.courierinternational.com/fiche-pays/Madagascar24.05.2005](http://www.courierinternational.com/fiche-pays/Madagascar24.05.2005), donde se citan, en particular, los periódicos malgaches *La Gazette de la Grande Île*, *L'Express* y *Midi Madagasikara*.

<sup>13</sup> Véase “Expulsión de extranjeros, Memorando de la Secretaría” (A/CN.4/565), pág. 39.

mencionados: la “expulsión encubierta” debido a la confiscación o anulación no motivada del permiso de residencia válido de un extranjero; la “expulsión encubierta” mediante “incentivos” para un retorno “supuestamente voluntario” pero que en realidad no dejan ninguna opción al extranjero; o la “expulsión encubierta” que resulta del comportamiento hostil del Estado respecto del extranjero.

32. Como ejemplo de expulsión encubierta debido a la confiscación o anulación no motivada del permiso de residencia válido de un extranjero cabe mencionar el caso del Sr. Sylvain Ufer, cura jesuita que vivió durante 33 años en Madagascar. En 2007 se le notificó la anulación de su visado de residencia permanente, por lo que se vio obligado a abandonar el país. El Ministro del Interior malgache revocó esa decisión de expulsión encubierta dos años más tarde y permitió que el interesado regresara a Madagascar<sup>14</sup>. También forman parte de este tipo de expulsión encubierta los casos, frecuentes en África en los últimos años, de personas que son detenidas a pesar de tener permisos de residencia válidos o cuyos permisos son destruidos o confiscados y, por tanto, se ven abocados a una situación en que no tienen más opción que abandonar el territorio. Se han denunciado casos de este tipo en Sudáfrica<sup>15</sup>, y son recurrentes en Guinea Ecuatorial<sup>16</sup>.

33. Por lo que respecta a la negativa a readmitir a un extranjero en situación regular en un país después de una estancia en el extranjero, se trata del supuesto en que se deniega la entrada en un Estado a un extranjero que reside legalmente en él tras una estancia fuera del territorio de ese Estado. En esos casos el Estado autor de la expulsión toma como pretexto para la expulsión la salida del extranjero del país.

34. Por lo que se refiere a los “incentivos” para el regreso que no dejan opción al extranjero, se trata de medidas que forman parte de las nuevas políticas de lucha contra la inmigración y reducción del número de extranjeros acogidos puestas en marcha por algunos Estados, especialmente en Europa. Es el caso, por ejemplo, de los planes de retorno denominados “voluntarios”, en particular en España y Francia. Estos programas de salida o de retorno “voluntario” imponen, en la práctica, retornos obligatorios. Como señaló Guy S. Goodwin-Gill, “en la práctica, puede haber muy poca diferencia entre la expulsión forzosa en circunstancias brutales y la ‘partida voluntaria’ promovida por leyes que declaran ilegal la residencia continua y alentada mediante amenazas sobre las consecuencias que tendría permanecer en el país”<sup>17</sup>. Este autor señala asimismo que “las autoridades del Estado también pueden inducir a la expulsión recurriendo a distintas formas de amenaza o coerción ... En

<sup>14</sup> <http://www.madagascar-tribune.com>.

<sup>15</sup> En este país han denunciado casos de ese tipo, entre otros, el periódico *The Sunday Independent* de 9 de abril de 2000. Según Sarah Motha, responsable de Amnistía Internacional, “los agentes de policía detienen a todos los inmigrantes de manera indiscriminada, sin prestar atención a su condición de solicitante de asilo. Se nos ha informado de varios casos en que los agentes fingían no haber visto el documento que demostraba que había una solicitud de asilo en curso”. También se habla de “personas detenidas cuyo permiso de residencia no ha caducado y de documentos destruidos o confiscados”. Fuente:

[http://www.parlament.ch/i/suche/pagine/geschaefte.aspx?gesch\\_identification=19973467](http://www.parlament.ch/i/suche/pagine/geschaefte.aspx?gesch_identification=19973467).

<sup>16</sup> Véase, entre otros, el diario *Mutations*, núm. 2508, 13 de octubre de 2009, pág. 5, según el cual “los permisos de residencia de los extranjeros, adquiridos por aproximadamente 600.000 francos CFA, fueron simplemente confiscados por las fuerzas del orden de Guinea Ecuatorial. En este caso, y según los testimonios de esos extranjeros llegados a Douala, dichos documentos a menudo son destruidos por algunos agentes deshonestos”.

<sup>17</sup> G. S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, 2ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1996, pág. 218.

*Orantes-Hernández v. Meese* 685, F. Supp. 1488 (C. D. Cor. 1988), el tribunal determinó que un gran número de salvadoreños que solicitaban asilo estaban firmando formularios de ‘partida voluntaria’ bajo coerción, por ejemplo, amenazas de detención, deportación, reubicación en zonas remotas y comunicación de datos personales a su Gobierno”<sup>18</sup>.

35. En España el Gobierno ha puesto en marcha, en el marco de las medidas de lucha contra el continuo aumento del desempleo a raíz de la crisis económica, un programa denominado “plan de retorno voluntario” dirigido a los nacionales de los 20 países con los que España ha firmado acuerdos en materia de Seguridad Social. Este programa, aprobado el 19 de septiembre de 2008, “alienta” a los inmigrantes en situación regular, pero desempleados, a regresar a sus países de origen. A cambio, el Gobierno español se compromete a abonarles todas las prestaciones a que tienen derecho, en dos plazos: el 40% antes de su partida y el 60% un mes después de su regreso a su país de origen. Los interesados deben abandonar el territorio español en los días siguientes al primer pago de la prestación, junto con los miembros de su familia que hayan venido al país al amparo de una autorización de reagrupación familiar, y deben comprometerse a no regresar a España durante los tres años siguientes a su retorno a su país de origen<sup>19</sup>. Ahora bien, dado que las personas a las que se dirige el programa se encuentran en situación regular en España, tienen derecho a residir legalmente en el país, a trabajar o a recibir prestaciones de desempleo. Por supuesto, el Gobierno hace hincapié en el carácter “voluntario” de la decisión de retorno. Pero se trata, obviamente, de un hábil maquillaje jurídico para medidas de expulsión encubierta. En efecto, el mero hecho de alentar a migrantes en situación regular a regresar a sus países de origen a cambio de prestaciones que les corresponden, ¿no constituye acaso un menoscabo de un derecho de estancia que les garantizan sus permisos de residencia? ¿Puede considerarse que en este caso las personas afectadas son capaces de decidir libremente, atrapadas entre la presión del desempleo y la perspectiva de recibir prestaciones (que podrían percibir en forma de prestaciones de desempleo si permanecieran en España) si se deciden a regresar a sus países de origen?

36. En Francia, la “ayuda para el retorno” establecida en su día por la Ley “Stoléru”<sup>20</sup> (nombre del Ministro del Interior autor de la iniciativa), derogada tras la llegada al poder de los socialistas en 1981, ha reaparecido bajo la denominación de “retorno humanitario”. En efecto, dado que el “control de las corrientes migratorias” ha pasado a ser el objetivo primordial de las políticas de inmigración, el Gobierno francés ha concebido la solución de los “retornos humanitarios forzados”, en particular ante la “dificultad”, reconocida por su Ministro encargado de la inmigración nacional, de “expulsar a los rumanos y los búlgaros”, cuyos países ya son miembros de la Unión Europea. Estas medidas de ayuda para el “retorno humanitario”, establecidas mediante una circular de diciembre de 2006, han sido

<sup>18</sup> *Ibid.*, pág. 155.

<sup>19</sup> Fuente: [www.planderetornovoluntario.es](http://www.planderetornovoluntario.es). Para mayor información, véase el diario español *El País*, Madrid, 19 de septiembre de 2008; <http://www.elpais.com/articulo/espana/plan/retorno/voluntario/inmigrantes/entrara/vigor/novi/embre/caracter/permanente/elpepuesp/20080919elpepunac10/tes>.

<sup>20</sup> Para un panorama de la legislación francesa en materia de inmigración, véase D. Lochak, “La politique de l’immigration au prise de la législation sur les étrangers” en *Les lois de l’inhospitalité*, La Découverte, 1997, y “La politique de l’immigration au prisme de la législation sur les étrangers (2)”. Fuente: <http://www.gisti.org/doc/presse/1997/lochak/po-2.html>.

utilizadas en varias ocasiones para camuflar operaciones de expulsión de estos nuevos ciudadanos europeos. La asociación de defensa de los derechos de los trabajadores extranjeros GISTI señala, por ejemplo, que en Bondi, el 26 de septiembre de 2007, en Saint-Denis, el 10 de octubre, en Bagnolet, el 24 de octubre, y en otras ciudades, la policía ocupó de madrugada terrenos habitados por romaníes (nacionales búlgaros o rumanos, según los casos), embarcó a las personas que se encontraban allí en autobuses fletados a tal fin y les dio a elegir entre “la cárcel” o la salida inmediata hacia sus países de origen “con la ayuda para el retorno”. Según GISTI, no se autorizó a nadie a recuperar sus pertenencias “ni a presentar los documentos que habrían podido demostrar que cumplían todos los requisitos para tener derecho a establecerse permanentemente en Francia. Se confiscaron los pasaportes de las personas que los llevaban encima”<sup>21</sup>. Este caso es más llamativo si cabe porque las víctimas de esos retornos forzados son ciudadanos europeos que, como tales, gozan del derecho de libre circulación y de residencia dentro de la Unión Europea.

37. En el segundo informe del Relator Especial se indica que la expulsión no requiere necesariamente la adopción de una medida formal, sino que puede resultar también del comportamiento de un Estado que hace que la vida en su territorio sea tan difícil para el extranjero que a este no le queda más opción que abandonar el país<sup>22</sup>. Cabe recordar, a este respecto, la decisión adoptada por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, que examinó varios casos sobre esta forma de expulsión aparentemente encubierta. El Tribunal resumió las características de esta “*constructive expulsion*” de la siguiente manera:

“Estos casos harían presuponer por lo menos que las circunstancias en el país de residencia son tales que no puede considerarse razonablemente que el extranjero tiene verdadera libertad de elección, y que detrás de los hechos o actos que llevan a la partida existe una intención de expulsar al extranjero y que, además, esos actos son atribuibles al Estado de conformidad con los principios de la responsabilidad de los Estados.”<sup>23</sup>

<sup>21</sup> GISTI, “Les retours humanitaires forcés: un nouveau concept! Un communiqué du GISTI”, noviembre de 2007. A su llegada a sus respectivos países de origen, se entregaron cheques por importe de 153 euros a los adultos y de 46 euros a los niños.

<sup>22</sup> Véase el segundo informe sobre la expulsión de los extranjeros (A/CN.4/573, 17 de julio de 2006).

<sup>23</sup> D. J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, 4ª ed., Londres, Sweet and Maxwell, 1991, pág. 502 (en referencia a las decisiones del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos relativas a la “*constructive expulsion*”). Véase también G. Gaja, “Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law”, *Cursos Euromediterráneos Banca de Derecho Internacional*, vol. 3, 1999, págs. 283 a 314, en especial págs. 289 y 290, que cita las siguientes decisiones del Tribunal: *Short v. Iran*, laudo de 14 de julio de 1987, *16 Iran-United States Claims Tribunal Reports (1987-III)* 76, págs. 85 y 86; *International Technical Products Corporation v. Iran*, laudo de 19 de agosto de 1985, *9 Iran-United States Claims Tribunal Reports (1985-II)* 10, pág. 18; y *Rankin v. Iran*, laudo de 3 de noviembre de 1987, *17 Iran-United States Claims Tribunal Reports (1987-IV)* 135, págs. 147 y 148; P. Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7ª ed. rev., Londres/Nueva York, Routledge, 1997, pág. 262; J. R. Crook, “Applicable law in international arbitration: The Iran-U.S. Claims Tribunal experience”, *American Journal of International Law*, vol. 83, 1989, págs. 278 a 311, en especial págs. 308 y 309; y Ruth L. Cove, “State responsibility for constructive wrongful expulsion of foreign nationals”, *Fordham International Law Journal*, vol. 11, 1987-1988, págs. 802 a 838.

38. En el caso *Eritrea/Etiopía*, la Comisión de Reclamaciones también tuvo que examinar la cuestión de la expulsión encubierta, pero no consideró que en ese caso concreto existiera tal expulsión. En efecto, Etiopía sostenía que Eritrea era responsable de expulsiones “indirectas” o “*constructive*” de etíopes que vulneraban el derecho internacional. La Comisión de Reclamaciones desestimó esta pretensión porque los etíopes afectados no habían sido expulsados por el Gobierno de Eritrea o como consecuencia de la política de dicho Gobierno, sino por motivos económicos o por disturbios ocasionados por la guerra de los que Eritrea no era responsable. Según la Comisión de Reclamaciones, había habido distinto grado de voluntariedad en las partidas de etíopes de Eritrea en 1999 y a principios de 2000. Es cierto que las pruebas sugerían que el viaje de regreso a Etiopía o a otros destinos podía ser difícil, en particular para quienes debían cruzar el desierto. “Sin embargo, las pruebas no demuestran que ello haya sido consecuencia de acciones u omisiones de Eritrea de las que sea responsable. Por lo tanto, se desestiman las reclamaciones de Etiopía al respecto”<sup>24</sup>.

39. De lo anterior cabe deducir, mediante un razonamiento a contrario, que la Comisión de Reclamaciones habría admitido la tesis de la expulsión “indirecta” o “*constructive*” si la salida de los etíopes de Eritrea hacia su país de origen hubiera sido consecuencia de acciones u omisiones de Eritrea. Tal comportamiento habría constituido una expulsión encubierta y habría sido contrario al derecho internacional.

40. En este mismo sentido, la definición del término expulsión que figura en la *Declaración de principios de derecho internacional sobre las expulsiones en masa*, aprobada por la Asociación de Derecho Internacional en su 62ª Conferencia en Seúl, también abarca las situaciones en que la salida obligatoria o forzosa de personas se realiza por medios distintos de una decisión formal o una orden de las autoridades de un Estado. Esta definición incluye las situaciones en que un Estado colabora en la comisión de actos por sus ciudadanos con el fin de provocar la salida de algunas personas de su territorio o tolera esos actos<sup>25</sup>:

“... ‘expulsión’ en el contexto de la presente Declaración puede definirse como el acto o la omisión de un Estado que tiene por finalidad obligar a ciertas personas a salir en contra de su voluntad del territorio de dicho Estado, por motivos de raza, nacionalidad, pertenencia a un grupo social determinado u opiniones políticas ... la ‘omisión’ puede incluir situaciones en que las autoridades de un Estado toleran actos de sus ciudadanos, o incluso los instigan o contribuyen a su comisión, con la finalidad de hacer salir a grupos o categorías de personas del territorio de ese Estado, o situaciones en que las autoridades crean un clima de temor que tiene como consecuencia la huida de personas motivada por el pánico, no garantizan la protección de esas personas u obstaculizan su regreso posterior ...”<sup>26</sup>

41. La expulsión encubierta es, por naturaleza, contraria al derecho internacional, por un lado porque menoscaba los derechos de las personas objeto de tal expulsión y, por tanto, las normas sustantivas en materia de expulsión que combinan el

<sup>24</sup> Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, *Partial Award, Civilians Claims, Eritrea's Claims 15, 16, 23 & 27-32*, La Haya, 17 de diciembre de 2004.

<sup>25</sup> Véase “Expulsión de extranjeros, Memorando de la Secretaría” (A/CN.4/565), párr. 72.

<sup>26</sup> Asociación de Derecho Internacional, *Declaration of Principles of International Law on Mass Expulsion*, 62ª Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional, Seúl, 24 a 30 de agosto de 1986, *Conference Report 1986*, pág. 13.

derecho a expulsar del Estado y la obligación de respetar los derechos humanos de las personas expulsadas y, por otro lado, porque no respeta las normas de procedimiento en la materia que reconocen la posibilidad de la persona expulsada de defender sus derechos.

42. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, se propone el siguiente proyecto de artículo:

**Proyecto de artículo A: Prohibición de la expulsión encubierta**

- 1. Queda prohibida toda forma de expulsión encubierta de un extranjero.**
- 2. A efectos del presente proyecto de artículo, se entiende por expulsión encubierta la salida forzosa de un extranjero de un Estado que resulte de acciones u omisiones de dicho Estado o de situaciones en que ese Estado apoye o tolere actos cometidos por sus ciudadanos con miras a provocar la salida de personas de su territorio.**

43. Puede decirse que este proyecto de artículo es fruto a la vez de la codificación de una norma deducida y del desarrollo progresivo del derecho internacional. En efecto, aunque no se basen formalmente en disposiciones convencionales existentes o en una norma asentada del derecho internacional consuetudinario, las disposiciones de este proyecto de artículo se derivan, por una parte, del hecho de que la práctica de la expulsión encubierta vulnera, como ya se indicó, la obligación de respetar las garantías generales de que goza el extranjero, en particular el que se encuentra en situación regular en el Estado de acogida, así como las normas de procedimiento en materia de expulsión de ese extranjero, y, por otra parte, de la constatación de que se trata de una práctica ampliamente criticada por la sociedad civil de los Estados que la aplican.

**C. Extradición encubierta como expulsión**

44. La expulsión de un extranjero puede adoptar la forma de una extradición encubierta. Si bien ambos procedimientos conducen al mismo resultado, a saber, la salida del extranjero del territorio del Estado en que reside, difieren en muchos aspectos, tanto de fondo como de forma. Cabe recordar que la extradición es un procedimiento interestatal con arreglo al cual un Estado entrega a otro Estado, a solicitud de este último, a una persona que se encuentra en su territorio y que, “al ser objeto de una acusación o condena de carácter penal en el segundo, es reclamado por este para ser juzgado o cumplir su pena en él”<sup>27</sup>. Se trata de un procedimiento que puede tener graves consecuencias para los derechos humanos y las libertades individuales de la persona en cuestión. En efecto, “el derecho común que resulta de las convenciones de extradición en vigor (...) considera que la entrega de un delincuente a órganos judiciales extranjeros es un acto grave que, por respeto a la libertad individual y el honor del Estado, deber estar sujeto a estrictas garantías de fondo y de forma”<sup>28</sup>. Por este motivo, la extradición denominada “encubierta” es

<sup>27</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, París, PUF, 2008, Association Henri Capitant, 4<sup>a</sup> ed., pág. 395.

<sup>28</sup> A. Decocq, “La livraison des délinquants en dehors du droit commun de l’extradition”, *Revue critique de droit international privé*, 1964, pág. 412; véase también D. Rouget, “Le respect du droit extraditionnel et les ‘extraditions déguisées’”, *RTDH*, 1999, núm. 37, págs. 169 a 197, en especial pág. 169.

reprobada, de manera general, por el derecho internacional. Como ha señalado un autor, “la extradición encubierta es el resultado de acuerdos aparentes y aparentemente lícitos que permiten, sin embargo, eludir el procedimiento debido. Su verdadero objeto, que se mantiene oculto, es llevar a cabo una extradición a través de un procedimiento paralelo que, por lo general, tiene una finalidad distinta pero que permite, en el caso, concreto, obtener un resultado equivalente”<sup>29</sup>.

45. Antes que nada, conviene realizar una aclaración terminológica tras la distinción sugerida por ciertos autores entre “extradición encubierta” y “extradición de facto”<sup>30</sup>. La expresión “extradición encubierta” puede tener una connotación negativa, en el sentido de que implica una intención oculta que puede denotar abuso de derecho o mala fe. En cambio, la expresión “extradición de facto” tiene una connotación neutra en la medida en que se limita a indicar la consecuencia de la expulsión. Según un autor:

“No cabe duda de que, cuando el destino seleccionado es un país cuyas autoridades ansían juzgar o castigar por un delito penal al deportado, la deportación puede dar lugar a una extradición de facto. Así pues, ya es habitual describir esa deportación como una ‘extradición encubierta’, pero parecería aconsejable utilizar esa expresión con cautela. Una verdadera ‘extradición encubierta’ es aquella en la que el instrumento de la deportación se utiliza con la motivación primordial de extraditar. Así ocurriría clarísimamente, por ejemplo, cuando el prófugo, un nacional de A, entra en el territorio de B desde el Estado C, pero es deportado al Estado D, donde se le busca para que responda de un acto delictivo. Sin embargo, los ejemplos de extradiciones encubiertas tan evidentes son escasos. Cuando se ordena la deportación de una persona al Estado del que viene o al Estado de su nacionalidad, llamarla ‘extradición encubierta’ es realmente una presunción de quienes así la califican en cuanto a las intenciones de las autoridades que proceden a la expulsión. Aunque la motivación de devolver a un delincuente a la jurisdicción competente puede ser en realidad lo que más pese en la intención del Estado que deporta, también en muchos casos el que la deportación tenga ese resultado puede no ser más que una coincidencia. Por ello en este caso se sugiere utilizar la expresión neutral ‘extradición de facto’.”<sup>31</sup>

46. Aunque la distinción entre extradición encubierta y de facto puede ser útil, no parece haber sido uniformemente reconocida en la práctica. El concepto de extradición encubierta se ha descrito del siguiente modo:

“En la práctica conocida como ‘extradición encubierta’, el procedimiento habitual es que se deniegue la admisión a una persona a petición de un Estado extranjero y se la deporta a este o a cualquier otro Estado que desee juzgarla o sancionarla. El resultado es dejar sin efecto las disposiciones habituales del derecho interno que permiten comúnmente impugnar la legalidad del procedimiento de extradición y presentar pruebas que demuestren que las razones para demandar a la persona son políticas.

<sup>29</sup> C. Lombois, *Droit pénal international*, París, Dalloz, 1979, 2ª ed., pág. 563.

<sup>30</sup> “Expulsión de extranjeros, Memorando de la Secretaría” (A/CN.4/565), párrs. 432 y 433.

<sup>31</sup> I. A. Shearer, *Extradition in International Law*, Manchester University Press, 1971, pág. 78.

Aunque hace mucho tiempo que se cuestiona la legalidad de recurrir a las legislaciones de inmigración para estos fines, también puede alegarse que esas legislaciones han de desempeñar una función de apoyo al control internacional de los delincuentes y que, por consiguiente, las extradiciones de facto efectuadas en virtud de ellas están justificadas. Puede ser, en efecto, algo espurio exigir la aplicación de los procedimientos de extradición a un Estado que ya ha decidido, en virtud de la política de inmigración, que al extranjero no se le permitirá permanecer en el país. Sea como fuere, el propósito establecido y primordial de la deportación es librar al Estado de un extranjero indeseable y ese propósito se alcanza con la salida del extranjero. Su destino, en teoría, poco debería importar al Estado que expulsa, aunque en casos difíciles puede poner en tela de juicio el deber de otro Estado de recibir a un nacional suyo que no tiene ningún otro lugar adonde ir. A diferencia de la extradición, que se basa en un tratado, la expulsión no otorga ningún derecho a ningún otro Estado y, también en teoría, ese Estado no puede tener ningún control sobre el destino del extranjero.

[...]

El argumento en favor de los procedimientos simplificados de extradición seguirá siendo ampliamente defendido, en particular entre Estados aliados o con buenas relaciones. Se reducen las demoras y los gastos, y la expulsión basada en la legislación sobre emigración permite evitar los inconvenientes que se derivan de los argumentos jurídicos débiles, o bien cuando el delito imputado no figura en el tratado de extradición o no existe ni siquiera un tratado. Y sin embargo, está claro que las legislaciones modernas sobre expulsión se han redactado teniendo parcialmente en cuenta las normas relativas al respeto de las garantías legales y la conveniencia de disponer de un derecho de recurso. En esa medida, esas leyes reflejan la propagación de los principios de los derechos humanos y pueden considerarse hasta cierto punto una indicación de las actitudes contemporáneas de los Estados en relación con los derechos de las personas.”<sup>32</sup>

47. La cuestión de la extradición encubierta fue examinada desde muy pronto por los jueces y por la doctrina. Según Ivan Anthony Shearer, el origen de la expresión “extradición encubierta” se remonta a una decisión de un tribunal francés de mediados del siglo XIX: “La expresión *extradition déguisée* fue utilizada ya en 1860 por un tribunal de Francia ...”<sup>33</sup>. En 1892, el Instituto de Derecho Internacional declaró que “el hecho de que se haya denegado la extradición no significa que se haya renunciado al derecho a expulsar” y que “un expulsado que se haya refugiado en un territorio con objeto de evitar el enjuiciamiento penal no puede ser entregado, por medios indirectos, al Estado en que tendría lugar el proceso, salvo que se cumplan como es debido las condiciones para la extradición”<sup>34</sup>. Mucho más tarde, en 1983, el Instituto de Derecho Internacional recordó que “el hecho de

<sup>32</sup> Goodwin-Gill, *The Limits of the Power of Expulsion in Public International Law*, Oxford University Press, Reino Unido, 1977, págs. 55 a 156.

<sup>33</sup> I. A. Shearer, op. cit., pág. 78, nota 2 (en referencia a A. Decocq, “La livraison des délinquants en dehors du droit commun de l’extradition”, *Revue critique de droit international privé*, 1964, págs. 411 a 424).

<sup>34</sup> Instituto de Derecho Internacional, “Règles internationales sur l’admission et l’expulsion des étrangers”, sesión de Ginebra, 9 de septiembre de 1892, *Annuaire de l’Institut de droit international*, t. XII, 1892-1894, págs. 218 y ss.



que la extradición de un extranjero esté prohibida por el derecho interno no obsta para que ese extranjero pueda ser expulsado por procedimientos lícitos”<sup>35</sup>.

48. No existe ninguna disposición convencional explícita sobre la ilegalidad de la extradición encubierta como expulsión, y aunque existe, como se verá a continuación, una profusa jurisprudencia nacional sobre esta cuestión, la jurisprudencia internacional en la materia no es abundante. A pesar de ello, en la causa *Bozano c. Francia*<sup>36</sup> el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró sin ningún tipo de ambigüedad, como ya habían hecho los tribunales franceses, la ilegalidad de esa práctica a la luz del artículo 5, párrafo 1, del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

49. Los hechos de la causa eran los siguientes: el Sr. Bozano, nacional italiano, había sido detenido por la policía italiana el 9 de mayo de 1971, puesto en libertad el 12 de mayo y detenido de nuevo el 20 de mayo por haber secuestrado y asesinado en Génova el 6 de mayo de 1971 a una joven suiza de 13 años, Milena Sutter. También se lo acusaba de abusos deshonestos y agresión violenta contra cuatro mujeres. El 15 de junio de 1973, tras varios meses de audiencias, el Tribunal Penal de Génova lo condenó a dos años y quince días de prisión por los delitos cometidos contra una de las cuatro mujeres y lo absolvió de los demás delitos, incluido el cometido contra Milena Sutter, por falta de pruebas. La Fiscalía recurrió la sentencia. Tras la apertura del proceso de apelación, el acusado solicitó la suspensión del procedimiento alegando, con apoyo de un certificado médico, que estaba hospitalizado por enfermedad. El Tribunal Penal de Apelación de Génova consideró que el acusado se negaba deliberadamente a comparecer y continuó con el proceso. Tras examinar otras cuestiones de procedimiento, el 22 de mayo de 1975 el Tribunal condenó en rebeldía al Sr. Bozano a la pena de cadena perpetua por los delitos cometidos contra Milena Sutter y a cuatro años de prisión por los demás delitos. El Tribunal consideró que no había ninguna circunstancia atenuante. El 25 de marzo de 1976, el Tribunal de Casación de Italia desestimó el recurso interpuesto por el condenado. La Fiscalía de Génova dictó orden de prisión y la policía italiana emitió una orden internacional de detención el 1 de abril de 1976.

50. En enero de 1979, la Gendarmería francesa detuvo al Sr. Bozano en el Departamento de la Creuse durante un control rutinario y ese mismo día ingresó en la prisión de Limoges, en el Departamento de la Haute-Vienne. El 15 de mayo de 1979, la Sala de Acusación del Tribunal de Apelación de Limoges se opuso a la extradición del Sr. Bozano a Italia porque el proceso en rebeldía sustanciado ante el Tribunal Penal de Génova era contrario al orden público francés. En virtud del artículo 17 de la Ley francesa de 10 de marzo de 1927, relativa a la extradición de los extranjeros, la sentencia de la Sala de Acusación era firme.

51. La noche del 26 de octubre de 1979, a las 20.30 horas aproximadamente, tres policías sin uniforme, de los cuales por lo menos uno iba armado, interpellaron al Sr. Bozano cuando regresaba a su domicilio, lo esposaron y lo llevaron a la comisaría de policía. Le notificaron la siguiente orden, dictada más de un mes antes, firmada por el Ministro del Interior y dirigida al Prefecto de la Haute-Vienne:

<sup>35</sup> Instituto de Derecho Internacional, resolución de 1 de septiembre de 1983 titulada “Nouveaux problèmes en matière d’extradition”, sesión de Cambridge, artículo VIII, párrafo 2.

<sup>36</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, causa *Bozano*, 18 de diciembre de 1986, en *International Law Reports*, vol. 86, págs. 322 y ss.

“El Ministro del Interior

Visto el artículo 23 del Decreto de 2 de noviembre de 1945, relativo a las condiciones de entrada y permanencia de los extranjeros en Francia,

Visto el Decreto de 18 de marzo de 1946,

Vista la información recabada sobre Lorenzo Bozano, nacido el 3 de octubre de 1945 en Génova (Italia),

Considerando que la presencia del extranjero antes mencionado en territorio francés puede poner en peligro el orden público,

Dispone lo siguiente:

1. Se ordena abandonar el territorio francés a la persona antes mencionada;
2. Corresponde ejecutar la presente orden a los prefectos.”<sup>37</sup>

52. Aunque el Sr. Bozano se opuso a su “deportación” y solicitó comparecer ante la junta de apelación prevista en el artículo 25 del Decreto de 2 de noviembre de 1945, se le respondió que esa posibilidad estaba totalmente excluida y que “iba a ser trasladado inmediatamente a Suiza (y no a la frontera española, que era la frontera más próxima)”<sup>38</sup>. Así pues, sin dársele la posibilidad de abandonar Francia a través del país de su elección ni de informar a su esposa o a su abogado, el interesado fue conducido esposado a un vehículo y expulsado a Suiza a través de la frontera próxima a Annemasse, donde fue entregado a la policía de ese país.

53. Cabe recordar que en 1976 Italia había solicitado a Suiza la extradición del Sr. Bozano y que ambos países eran partes en el Convenio europeo de extradición de 13 de diciembre de 1957. Tras ser expulsado por las autoridades francesas a Suiza, el Sr. Bozano fue extraditado a Italia el 18 de junio de 1980, después de que el 13 de junio el Tribunal Federal de Suiza desestimara su objeción.

54. Sin embargo, en diciembre de 1979 el abogado del Sr. Bozano se había dirigido a los tribunales franceses para lograr que el interesado regresara a Francia. El 14 de enero de 1980, el Presidente del Tribunal de Primera Instancia dictó una providencia con la siguiente motivación:

“Los diversos acontecimientos, desde la detención del Sr. Bozano hasta su entrega a la policía suiza, ponen de manifiesto la comisión de irregularidades flagrantes y muy graves, tanto desde el punto de vista del orden público francés como de la normas que resultan de la aplicación del artículo 48 del Tratado de Roma. Además, es sorprendente que se haya elegido precisamente la frontera suiza para llevar a cabo la expulsión cuando la frontera española está más cerca de Limoges. Por último, cabe observar que las autoridades judiciales no han tenido la posibilidad de pronunciarse sobre las eventuales infracciones de la orden de expulsión dictada contra el Sr. Bozano, dado que fue entregado a la policía suiza en cuanto le fue notificada la orden, a pesar de sus protestas. Así pues, la Administración ejecutó su propia decisión.

---

<sup>37</sup> Ibid., párr. 24.

<sup>38</sup> Ibid., párr. 25.

De lo anterior se desprende que esta operación no consistió en la adopción de una simple medida de expulsión justificada por la orden de expulsión, sino en una entrega a la policía suiza previamente concertada ...”<sup>39</sup>

55. En su sentencia de 18 de diciembre de 1986, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos confirmó este razonamiento, en particular la calificación de “extradición encubierta”, en los siguientes términos:

“Habida cuenta de las circunstancias de la causa en su conjunto y teniendo en cuenta la cantidad de elementos concordantes, el Tribunal llega a la conclusión de que la privación de libertad del demandante ocurrida la noche del 26 al 27 de octubre de 1975 no era “conforme a derecho”, en el sentido del artículo 5, párrafo 1), apartado f), ni compatible con el “derecho a la seguridad” de las personas. La privación de libertad del Sr. Bozano realizada en esas circunstancias equivale, en la práctica, a una forma encubierta de extradición destinada a eludir el pronunciamiento desfavorable de 15 de mayo de 1979 de la Sala de Acusación del Tribunal de Apelación de Limoges, y no a una ‘detención’ necesaria en el curso ordinario de un ‘procedimiento de expulsión’. Las conclusiones del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de París (aunque carezcan de la autoridad de cosa juzgada) y del Tribunal Administrativo de Limoges (a pesar de que solo tuvo que pronunciarse sobre la legalidad de la orden de 17 de septiembre de 1979) tienen, en opinión de este Tribunal, una importancia capital: ponen de manifiesto la labor de vigilancia ejercida por los tribunales franceses.

En consecuencia, se ha producido una violación del artículo 5, párrafo 1), del Convenio.”<sup>40</sup>

56. La doctrina comparte este punto de vista. El autor de un comentario del artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al exponer la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 1986, señala que el doble requisito que figura en el párrafo 1 de dicho artículo es, por una parte, la observancia del derecho interno, reflejada en el Convenio mediante la expresión “con arreglo al procedimiento establecido por la ley”, y, por otra parte, la conformidad con el objeto de este artículo, que es “proteger a las personas de la arbitrariedad”, como indicó el Tribunal en la causa *Bozano* (párr. 54). En este caso concreto, la arbitrariedad resultaba de las condiciones de ejecución de la orden de expulsión: no haber comunicado al interesado una decisión adoptada un mes antes y ejecutarla por la fuerza en el momento mismo de su notificación; no haberle permitido elegir el país de acogida<sup>41</sup> ni haberlo trasladado a la frontera más cercana; y, por último, haberlo entregado a Suiza, país que había celebrado un convenio de extradición con Italia, que había sido avisado por la INTERPOL de la inminencia de la expulsión y que era

<sup>39</sup> Ibid., párr. 31.

<sup>40</sup> Ibid., párr. 60.

<sup>41</sup> Como subrayó Charles Rousseau en relación con la causa *Klaus Barbie* (en la que Francia había solicitado la extradición del interesado, acusado de crímenes de lesa humanidad, pero la Corte Suprema de Justicia de Bolivia se había opuesto a ella al no existir convención de extradición entre ambos Estados y, en consecuencia, Bolivia había procedido a expulsar al interesado a Francia), “lo que corresponde en la expulsión es que la persona expulsada sea libre de ir al país de su elección, y no entregarla a los representantes de un Estado extranjero para su detención y traslado al territorio de dicho Estado” (C. Rousseau, nota sobre la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal de Casación de Francia de 6 de octubre de 1983, *Revue générale de droit international public*, 1984, pág. 510).

el Estado de la nacionalidad de la víctima por cuyo asesinato había sido condenado el Sr. Bozano en Italia. El autor llega a la conclusión de que “esta forma expeditiva de cooperación policial no es conforme a derecho, en el sentido del artículo 5, ni compatible con el derecho a la seguridad; la privación de libertad imputable a Francia va más allá de su prerrogativa de expulsar y no es más que una detención arbitraria al servicio de una extradición encubierta (sentencia en la causa *Bozano*, párrs. 55 a 60)”<sup>42</sup>. Otro autor constata, simplemente, que la sentencia en la causa *Bozano* supuso la primera condena del Tribunal Europeo de Derechos Humanos contra Francia y tuvo lugar “en un contexto judicial particular, con una ‘extradición encubierta’ a Italia, donde el Sr. Bozano había sido condenado en rebeldía a cadena perpetua por un delito sórdido”<sup>43</sup>.

57. La cuestión de la extradición encubierta se planteó de nuevo en la causa *Öcalan c. Turquía*<sup>44</sup>. A la luz de la sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esa causa, los hechos pertinentes pueden resumirse de la siguiente manera: el Sr. Abdullah Öcalan es un kurdo de Turquía. Antes de su detención era el líder del Partido de los Trabajadores del Kurdistán. El 9 de octubre de 1998, el Sr. Öcalan fue expulsado de la República Árabe Siria, donde residía desde hacía muchos años. Ese mismo día llegó a Grecia, donde las autoridades del país le pidieron que abandonara el territorio griego en el plazo de dos horas y rechazaron su solicitud de asilo político. El 10 de octubre de 1998, el Sr. Öcalan se trasladó a Moscú en un avión fletado por los servicios griegos. La Duma aceptó su solicitud de obtención del estatuto de refugiado político en la Federación de Rusia, pero el Primer Ministro ruso no ejecutó esa decisión. El 12 de noviembre de 1998, el Sr. Öcalan viajó a Roma y presentó una solicitud de asilo político. El interesado fue inicialmente detenido por las autoridades italianas y posteriormente pasó a la situación de arresto domiciliario. Aunque se negaron a extraditarlo a Turquía, las autoridades administrativas italianas desestimaron su solicitud de asilo político. El Sr. Öcalan se vio obligado a salir de Italia tras recibir presiones en ese sentido. Después de pasar uno o dos días en la Federación de Rusia, regresó de nuevo a Grecia, probablemente el 1 de febrero de 1999. Al día siguiente, 2 de febrero de 1999, fue trasladado a Kenya. Fue recibido en el aeropuerto de Nairobi por funcionarios de la Embajada griega y se instaló en la residencia del Embajador. El interesado presentó una solicitud de asilo político en Grecia ante el Embajador griego en Nairobi, pero nunca obtuvo respuesta. El 15 de febrero de 1999, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Kenya anunció que el Sr. Öcalan había entrado en territorio keniano a bordo de un avión que había aterrizado en Nairobi y que lo había hecho sin declarar su identidad ni someterse al control de pasaportes y acompañado de funcionarios griegos. El último día de la estancia en Nairobi del demandante, el Embajador griego, tras reunirse con el Ministro de Relaciones Exteriores de Kenya, comunicó al interesado que era libre de ir donde quisiera y que los Países Bajos estaban dispuestos a acogerlo. El 15 de febrero de 1999 varios funcionarios kenianos se presentaron en la Embajada de Grecia para conducir al Sr. Öcalan al aeropuerto. El Embajador de Grecia mantuvo una discusión con los funcionarios kenianos porque manifestó su deseo de acompañar personalmente al

<sup>42</sup> Véase V. Coussirat-Coustère, “La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme en 1986”, *Annuaire français de droit international* (AFDI), XXXIII, 1987, pág. 245.

<sup>43</sup> E. Decaux, “Le droit international malgré tout...” *Accueillir*, núm. 252, diciembre de 2009, pág. 54.

<sup>44</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda núm. 46221/99, sentencia de 12 de mayo de 2005.

interesado al aeropuerto. Finalmente, el Sr. Öcalan se subió a un vehículo conducido por un funcionario keniano. De camino al aeropuerto, el vehículo se separó del convoy y se dirigió, por una ruta reservada al personal de seguridad, a la zona internacional del aeropuerto de Nairobi, hasta un avión donde agentes de seguridad turcos esperaban al Sr. Öcalan, que fue detenido a las 20.00 horas aproximadamente después de subir al avión<sup>45</sup>.

58. Los tribunales turcos habían dictado siete órdenes de detención contra Abdullah Öcalan y la INTERPOL había emitido un aviso de búsqueda (notificación roja) contra él. En todos esos documentos se lo acusaba de haber creado una banda armada para acabar con la integridad territorial del Estado turco y haber sido el instigador de varios actos de terrorismo que habían provocado pérdidas de vidas humanas<sup>46</sup>.

59. En el transcurso del procedimiento ante el Tribunal, el demandante sostuvo que no se había incoado ningún procedimiento para su extradición en Kenya y que las autoridades de ese país habían negado ser responsables de su traslado a Turquía. En su opinión, una simple connivencia entre funcionarios kenianos no autorizados y el Gobierno turco no podía calificarse de cooperación entre Estados. Según el demandante, su detención era el resultado de una operación planificada en Turquía, Italia, Grecia y otros Estados. Invocando la sentencia en la causa *Bozano c. Francia* (sentencia de 18 de diciembre de 1986, serie A, núm. 111, pág. 23, párr. 54), el demandante hizo hincapié en la necesidad de proteger la libertad y la seguridad de las personas ante la arbitrariedad. Sostuvo que, en su caso concreto, “su expulsión forzosa es en realidad una extradición encubierta que lo priva de toda garantía procesal o material”<sup>47</sup>. El demandante recordó, a este respecto, que la exigencia de legalidad en el sentido del artículo 5, párrafo 1, se refería tanto al derecho internacional como al derecho interno. En su opinión, la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos en la causa *Sánchez Ramírez c. Francia* (núm. 28780/95, decisión de la Comisión de 24 de junio de 1996, DR 86-A, pág. 155) no era pertinente en su caso: en aquella causa había habido cooperación entre Francia y el Sudán, pero en su caso las autoridades kenianas no habían cooperado con las turcas. Además, en la causa mencionada la Comisión había estimado que el demandante era, a todas luces, un terrorista. No cabe duda de que el carácter extremadamente delicado de la cuestión suscitada en la causa *Öcalan* influyó en la decisión del Tribunal. Es sabido hasta qué punto el terrorismo se ha convertido en una cuestión incómoda. Pues bien, el Sr. Öcalan y el Partido de los Trabajadores del Kurdistán declararon haber recurrido a la fuerza para hacer efectivo el derecho a la libre determinación de la población de origen kurdo. Invocando la jurisprudencia de varios tribunales nacionales<sup>48</sup>, el demandante afirmó que su detención no se había realizado conforme al derecho keniano ni las normas establecidas por el derecho

<sup>45</sup> *Ibid.*, párrs. 14, 15, 16 y 17.

<sup>46</sup> *Ibid.*, párr. 18.

<sup>47</sup> *Ibid.*, párr. 77.

<sup>48</sup> Véase, en particular, decisión de la Cámara de los Lores en la causa *R. v. Horseferry Road Magistrates' Court*, ex parte *Bennet*, *Appeal Cases* 1994, vol. 1, pág. 42; decisión del Tribunal de Apelación de Nueva Zelanda en la causa *Reg. V. Hartley*, *New Zealand Law Reports* 1978, vol. 2, pág. 199; decisión del Tribunal de Apelación de los Estados Unidos (segundo circuito, 1974) en la causa *United States v. Toscanino*, *Federal Reporter (Second Series)*, vol. 555, págs. 267 y 268; decisión de 28 de mayo de 2001 del Tribunal Constitucional de Sudáfrica en la causa *Mohamed and Dalvie v. President of the Republic of South Africa and Others*, *South African Law Reports* 2001, vol. 3, pág. 893 (CC).

internacional, que esa detención había sido, en realidad, un secuestro, y que el período que había estado detenido y su posterior enjuiciamiento, basados en esa detención ilegal, debían considerarse nulos y sin valor.

60. El Tribunal no aceptó la tesis del demandante, sino la del Gobierno turco, según la cual “el demandante fue detenido por las autoridades de Kenya y entregado a las autoridades turcas en el marco de la cooperación entre ambos Estados”. En efecto, en opinión del Gobierno turco “no se trata de una extradición encubierta: Turquía aceptó la propuesta de las autoridades de Kenya de entregarle al demandante, que, por otra parte, se encontraba clandestinamente en ese país”<sup>49</sup>. Siguiendo con esta argumentación, el Tribunal declaró lo siguiente:

“El Convenio no impide la cooperación entre los Estados miembros, en el marco de tratados de extradición o en materia de expulsión, con el fin de llevar ante la justicia a los prófugos, siempre que esa cooperación no menoscabe ningún derecho concreto contemplado en el Convenio (ibíd., págs. 24 y 25, párr. 169). En lo que respecta a las relaciones en materia de extradición entre un Estado parte en el Convenio y otro que no lo es, las normas establecidas en un tratado de extradición o, en ausencia de dicho tratado, la cooperación entre los Estados interesados también son factores pertinentes para determinar la licitud de la detención impugnada posteriormente ante el Tribunal. La entrega de un prófugo a raíz de la cooperación entre Estados no constituye, en sí misma, un menoscabo de la legalidad de la detención ni plantea, por tanto, problema alguno desde el punto de vista del artículo 5 (*Freda c. Italia*, núm. 8916/80, decisión de la Comisión de 7 de octubre de 1980, DR 21, pág. 250; *Altmann (Barbie) c. Francia*, núm. 10689/83, decisión de la Comisión de 4 de julio de 1984, DR 37, pág. 225; y *Reinette c. Francia*, núm. 14009/88, decisión de la Comisión de 2 de octubre de 1989, DR 63, pág. 189).”<sup>50</sup>

El Tribunal añadió, más adelante, lo siguiente:

“Incluso una extradición atípica, siempre que sea el resultado de una cooperación entre los Estados interesados y que la detención tenga como fundamento jurídico una orden de detención emitida por las autoridades del Estado de origen del interesado, no puede considerarse, en sí misma, contraria al Convenio (*Sánchez Ramírez*, decisión antes citada).”<sup>51</sup>

61. Así pues, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que, en sí misma, una extradición encubierta no es contraria al Convenio Europeo si es resultado de una cooperación entre los Estados interesados y si el traslado se basa en una orden de detención emitida por las autoridades del país de origen de la persona en cuestión<sup>52</sup>. A pesar de esta decisión del Tribunal, los hechos parecen confirmar su posición en la causa *Bozano*. Es muy probable que si los hechos en la causa *Öcalan*

<sup>49</sup> Véase la nota 44.

<sup>50</sup> Ibid., párrs. 86 y 87.

<sup>51</sup> Ibid., párr. 89.

<sup>52</sup> Véase también Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión de 4 de julio de 1984, *Klaus Altmann (Barbie) contre France*, demanda núm. 10689/83, D. R. 37, pág. 225; Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión de 24 de junio de 1996, *Illich Ramírez Sánchez contre France*, demanda núm. 28780/95, D. R. 155; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 12 de marzo de 2003, *Öcalan c. Turquie*, párr. 91, confirmada por Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 12 de mayo de 2005, *Öcalan c. Turquie*, párr. 89.

no hubieran estado relacionados con el terrorismo, el Tribunal no habría tenido problema alguno en confirmar la jurisprudencia *Bozano*.

62. La práctica de los Estados Unidos de América parece responder a la posición afirmada en la causa *Öcalan* más que a la posición adoptada en la causa *Bozano*. Por ejemplo, a finales de 2001 los Estados Unidos solicitaron la cooperación de la Unión Europea en el marco de sus políticas de inmigración y lucha contra el terrorismo, pidiéndole en particular que contemplara “alternativas a la extradición, como la expulsión o la deportación, cuando la ley lo permita y resulte más eficaz”<sup>53</sup>.

63. Tribunales de diversos Estados han tenido que pronunciarse sobre si una expulsión constituía en realidad una extradición encubierta<sup>54</sup>. En algunos casos, esos tribunales examinaron el propósito de la expulsión y la intención de los Estados interesados antes de pronunciarse<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> “Explore alternatives to extradition including expulsion and deportation, where legally available and more efficient”, según los términos empleados en la carta de 16 de octubre de 2001 enviada por el Presidente de los Estados Unidos, George W. Bush, a la Unión Europea con propuestas de cooperación ([www.statewatch.org](http://www.statewatch.org)). El texto íntegro de la carta puede consultarse, en particular, en [www.statewatch.org/news/2001/nov/06Ausalet.htm](http://www.statewatch.org/news/2001/nov/06Ausalet.htm). Fuente citada por V. Champeil-Desplat, “Les conséquences du 11 septembre 2001 sur le droit des étrangers: perspective comparative”, coloquio de Nanterre organizado por el CEJEC y el CREDOF, *Droits de l’homme et droit des étrangers depuis le 11 septembre 2001: approche comparée France, Europe, Etats-Unis*, 20 de mayo de 2003, actas publicadas en la *Gazette du Palais*, 19 a 21 de octubre de 2003, núm. 292 a 294, págs. 2 a 24, en especial págs. 12 a 19 y pág. 16.

<sup>54</sup> Véanse, por ejemplo, *Barton v. Commonwealth of Australia*, Tribunal Superior, 20 de mayo de 1974, *International Law Reports*, vol. 55, E. Lauterpacht y C.J. Greenwood (eds.), págs. 11 a 37; *Lülf v. State of the Netherlands*, Tribunal de Apelaciones de La Haya, 17 de junio de 1976, *International Law Reports*, vol. 74, E. Lauterpacht y C.J. Greenwood (eds.), págs. 424 a 426; *R. v. Bow Street Magistrates*, ex parte *Mackeson*, Tribunal Superior de Inglaterra (Tribunal de División), 25 de junio de 1981, *International Law Reports*, vol. 77, E. Lauterpacht y C. J. Greenwood (eds.), págs. 336 a 345; *R. v. Guildford Magistrates’ Court*, ex parte *Healy*, Tribunal Superior de Inglaterra (Tribunal de División), 8 de octubre de 1982, *International Law Reports*, vol. 77, E. Lauterpacht y C. J. Greenwood (eds.), págs. 345 a 350; *Mackeson v. Minister of Information, Immigration and Tourism and Another*, Zimbabwe Rhodesia, Tribunal Superior, Sala General, 21 de noviembre de 1979, *International Law Reports*, vol. 88, E. Lauterpacht, C. J. Greenwood y A. G. Oppenheimer (eds.), págs. 246 a 259; *Residence Prohibition Order Case (2)*, op. cit., págs. 433 a 436; *Hans Muller of Numberg v. Superintendent, Presidency Jail, Calcutta, and Others*, 1955, op. cit., pág. 497; *Mohamed and Another v. President of the Republic of South Africa and Others*, op. cit., pág. 469. En su análisis de las expulsiones impugnadas y sus consecuencias, los tribunales consideraron en particular la forma, el fondo y el propósito de los procedimientos en cuestión. Los ejemplos de jurisprudencia nacional mencionados en los cinco párrafos siguientes se han tomado del documento “Expulsión de extranjeros, Memorando de la Secretaría” (A/CN.4/565), párrs. 438 a 442.

<sup>55</sup> “No se trató en ningún caso de extradición velada, porque no se había probado que el Estado hubiese influido en la decisión de Alemania Occidental de retirar la solicitud de extradición y el Estado se sintió razonablemente obligado a entregar el alemán occidental a la policía de fronteras de Alemania Occidental, puesto que solo ese país estaba obligado a admitirlo y estaba justificado que el Estado presumiese que ningún otro país desearía admitirlo, ya que no poseía un documento de viaje válido”, *Lülf v. State of the Netherlands*, op. cit., pág. 426. “Por ello, si el propósito del Ministro del Interior en ese caso hubiese sido entregar al demandante como delincuente prófugo a los Estados Unidos de América porque lo habían reclamado, ello sería contrario a derecho. Pero si el propósito del Ministro del Interior era deportar al extranjero a su país porque consideraba que su presencia aquí no era propicia para el bien público, la actuación del Ministro se ajusta a derecho. Corresponde a estos tribunales indagar si el propósito del Ministro del Interior era contrario a derecho o no”, *Reg v. Governor of Brixton Prison*, ex parte

64. En una causa ante el Tribunal Constitucional de Sudáfrica, los demandantes impugnaron la legalidad de la expulsión del Sr. Mohamed a los Estados Unidos aduciendo que se trataba de una extradición encubierta. El fallo del Tribunal se basó en otras consideraciones, a saber, el hecho de que la entrega del Sr. Mohamed a los Estados Unidos, donde le esperaba la pena de muerte, era contraria a la Constitución de Sudáfrica. No obstante, las consideraciones del Tribunal sobre la distinción entre deportación y extradición son de interés a estos efectos:

“La deportación y la extradición tienen objetivos distintos. Con la deportación se trata de expulsar de un Estado a un extranjero que no tiene permiso para estar en él. La extradición es la entrega por un Estado a otro Estado de una persona condenada o acusada allí de un delito, con el propósito de que el Estado que la recibe pueda aplicar a esa persona las disposiciones de su legislación. Sin embargo, a veces su objetivo puede coincidir cuando un extranjero en situación ilegal es ‘deportado’ a otro país que desea juzgarlo por haber cometido una infracción penal cuyo enjuiciamiento es competencia de sus tribunales.

La deportación es habitualmente un acto unilateral, mientras que la extradición es consensual. Los procedimientos para la deportación y para la extradición son distintos y esas diferencias pueden ser importantes en casos concretos, en particular cuando se impugna la legalidad de la expulsión. En las circunstancias del presente caso, sin embargo, la distinción no es pertinente. El procedimiento seguido para expulsar a Mohamed a los Estados Unidos de América era contrario a derecho, ya se concibiese como una deportación o como una extradición. Además, la obligación del Gobierno de Sudáfrica de obtener garantías de que no se impondrá la pena de muerte a una persona a

---

*Soblen*, op. cit., pág. 280. “No existe absolutamente ningún motivo para suponer que la policía ha intentado persuadir a las autoridades estadounidenses de que deporten a ese demandante para que puedan arrestarlo en ese país y eludir así las disposiciones del tratado de extradición entre los dos países”, *R. v. Guildford Magistrates’ Court*, ex parte *Healy*, op. cit., pág. 348. “En términos simples, la pregunta es: ¿se ejerció la potestad de detener al demandante con el objetivo de asegurar la expulsión de este país de un habitante indeseable, una persona cuya presencia continua no es propicia para el bien público? ¿O bien se ejerció esa potestad con el propósito oculto de expulsar hacia el Reino Unido, en el interés de la justicia en general, a una persona acusada de haber transgredido las leyes de ese país?”, *Mackeson v. Minister of Information, Immigration and Tourism and Another*, op. cit., pág. 251. “De modo similar, la expulsión no puede ordenarse como medio de evitar la prohibición de extraditar. No obstante, esa expulsión solo se considera inadmisibles cuando ha quedado patente que la intención de las autoridades era evitar la reglamentación restrictiva sobre extradición”, *Residence Prohibition Order Case (2)*, op. cit., pág. 435. Véase también *López de la Calle Gauna*, Consejo de Estado, Francia, 10 de abril de 2002 (se permite la expulsión al Estado de la nacionalidad aunque el interesado tenga acusaciones penales pendientes en él, a condición de que no se haya presentado una solicitud de extradición). Sin embargo, “el hecho de que se haya formulado una solicitud [de extradición] no restringe la facultad discrecional del Gobierno para optar por el procedimiento [de expulsión] menos gravoso de la Ley de extranjería en relación con un extranjero, a condición de que en ese caso la persona en cuestión abandone la India como un hombre libre”, *Muller v. Superintendent, Presidency Jail, Calcutta, and Others*, op. cit., pág. 500. “Si el demandante, fuera de nuestro territorio, no fuese dejado en libertad sino enviado a Italia [donde era probable que se enfrentase a acusaciones penales por actividades políticas], se habría llevado a cabo una verdadera extradición que el Gobierno de Italia no ha solicitado y el Gobierno del Brasil no ha decidido conceder”, *In re Esposito*, Tribunal Federal Supremo del Brasil, 25 de julio de 1932, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1933-1934*, H. Lauterpacht (ed.), causa núm. 138, pág. 333.



quien se expulsa de Sudáfrica a otro país no puede depender de que la expulsión se efectúe mediante extradición o deportación. Esa obligación depende de los hechos del caso concreto y de las disposiciones de la Constitución, no de las disposiciones de la legislación habilitadora o el tratado de extradición en virtud de los que se lleve a cabo la ‘deportación’ o ‘extradición’.”<sup>56</sup>

65. En una de sus primeras causas, el Tribunal Supremo de la India reconoció la libertad de elección del Estado en cuanto al procedimiento para obligar al extranjero a abandonar su territorio:

“La Ley de extranjería otorga la potestad de expulsar a los extranjeros de la India. Confiere al Gobierno central una discrecionalidad absoluta y sin trabas y, como no existe ninguna disposición que limite esa facultad discrecional en la Constitución, subsiste un derecho ilimitado a expulsar. [...] La Ley de extranjería no está sujeta a las disposiciones de la Ley de extradición. Son dos leyes independientes y ninguna de las dos afecta a la otra. Aunque haya una petición y buenos argumentos para concederla, el Gobierno no está obligado a acceder a ella ... Así pues, si se decide no acceder a la petición, la persona contra la que vaya dirigida no podría insistir en que se cumpla. El derecho no es suyo, y el hecho de que se haya formulado esa petición no restringe la facultad discrecional del Gobierno para optar por el procedimiento menos gravoso de la Ley de extranjería en relación con un extranjero, a condición de que en ese caso la persona en cuestión abandone la India como un hombre libre. Si no se hubiera concedido al Gobierno la posibilidad de elegir, la situación habría sido distinta; pero, como al Gobierno se le da el derecho a escoger, no puede hablarse de falta de buena fe solo porque el Gobierno ejerce el derecho de elección que le confiere la ley. Este argumento contra la buena fe del Gobierno no se tiene en pie.”<sup>57</sup>

66. En la causa *Barton v. Commonwealth of Australia*, el Tribunal Supremo de Australia examinó la situación planteada cuando el Gobierno de Australia pidió al Brasil la extradición de un nacional australiano. El Tribunal observó que el Gobierno de Australia había formulado la siguiente petición por vía diplomática:

“No habiendo tratado de extradición entre el Brasil y Australia, la Embajada tiene el honor de solicitar que se proceda a la detención de conformidad con lo dispuesto en el artículo 114 del Decreto Ley 66.689, de 11 de junio de 1970. Aunque el derecho australiano no contiene una legislación similar, existen procedimientos de deportación en virtud de la Ley de migración que, con la aprobación de los Ministros, podrían aplicarse en caso de que el Brasil pida la devolución de un prófugo a Australia.”<sup>58</sup>

67. Aunque el Tribunal consideró que la solicitud de extradición era lícita, también sostuvo que, sin un tratado de extradición, el requisito de reciprocidad no podía satisfacerse por referencia a las disposiciones legislativas sobre la expulsión, puesto que se trataba de dos procedimientos distintos. El Magistrado Barwick, Presidente del Tribunal, señaló lo siguiente:

<sup>56</sup> *Mohamed and Another v. President of the Republic of South Africa and Others*, op. cit., págs. 486 y 487, párrs. 41 y 42.

<sup>57</sup> *Muller v. Superintendent, Presidency Jail, Calcutta, and Others*, op. cit., págs. 498 a 500.

<sup>58</sup> *Barton v. Commonwealth of Australia*, op. cit., pág. 12.

“En vez de recurrir a la extradición como medio de entrega, la mayoría de los países ejercen un derecho de expulsión de las personas cuya estancia en el país se considera indeseable. Cuando ese derecho de expulsión es objeto de una regulación legislativa, como ocurre habitualmente en los países del *common law*, existen restricciones a su ejercicio, que a menudo se aplican a la finalidad prevista de la expulsión. En ocasiones pueden surgir dudas en cuanto a la inadmisibilidad del propósito real de la expulsión y sobre si en verdad se trata de una extradición no autorizada, o lo que un tratadista ha denominado ‘extradición encubierta’ (véase O’Higgins en 27 Mod LR 521). Está claro que una potestad de expulsión, como por ejemplo la que otorgan las leyes sobre migración o inmigración, no equivale a una potestad de extraditar. Emplear la potestad de expulsión como sucedáneo es una práctica poco satisfactoria desde el punto de vista internacional y nacional. Además, el poder ejecutivo, al que la ley limita las ocasiones y los propósitos de la expulsión, no puede emplear válidamente esa potestad como equivalente general de la potestad de extraditar, por mucho que en ocasiones la expulsión pueda hacer las veces de la extradición en un caso concreto, debido a sus circunstancias. Hay objeciones obvias contra la utilización de la potestad relacionada con la inmigración o la expulsión como sucedáneo para la extradición: véase Shearer, *Extradition in International Law*, págs. 19 y 87 a 90; véase también O’Higgins, *Disguised Extradition*, 27 Mod LR, 521 a 539; *Hackworth’s Digest of International Law*, vol. 4, pág. 30.

[...]

Así pues, cuando la potestad de entregar no exista al margen de la ley correspondiente, como ocurre en Australia, el país solicitante no puede ofrecer pertinentemente la reciprocidad con respecto a personas o delitos que no entren dentro del ámbito de la legislación aplicable o a Estados a los que no se aplique dicha legislación. Tampoco puede comprometerse un país a utilizar su potestad de expulsión como una potestad para extraditar, de modo que quede satisfecha la necesidad de reciprocidad. Por las razones a las que me he referido brevemente, el propósito limitado para el cual se puede utilizar correctamente la potestad de expulsión la hace bastante inadecuada como medio de garantizar que se extraditará a un prófugo cuando se pida. Así, en el caso de Australia, la Ley de migración 1958-1966 no podría servir de equivalente de la potestad de extradición; tampoco la existencia de esa Ley podría garantizar una promesa de trato recíproco en la extradición. No obstante, corresponde por supuesto al Estado que recibe la petición decidir por sí solo si considera o no suficiente una promesa de reciprocidad.”<sup>59</sup>

<sup>59</sup> *Ibid.*, págs. 14 a 16. “No obstante, en esas circunstancias la expulsión puede ser ilegal con arreglo al derecho interno. Si así fuere, como observó el Tribunal Federal de Australia en *Schlieske v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, ‘la distinción [...] entre una deportación con propósito de extraditar (“extradición encubierta”) y una deportación con fines de control de la inmigración que supone incidentalmente una extradición *de facto*’ puede ser ‘de difícil aplicación práctica.’” Gaja, *op. cit.*, pág. 299 (en referencia a la sentencia de 8 de marzo de 1988, *Australian Law Reports*, vol. 84, pág. 725).

68. La cuestión de las consecuencias de la extradición encubierta se planteó en la causa *R. v. Bow Street Magistrates, ex parte Mackeson*<sup>60</sup>, en la que el Tribunal Superior de Inglaterra examinó si era competente para conocer del caso de un extranjero que había sido expulsado de Zimbabwe con el propósito de efectuar una extradición encubierta. El Tribunal sostuvo lo siguiente:

“Con independencia de la razón por la que el demandante se hallase en la pista del aeropuerto de Gatwick, y de que hubiese llegado allí con engaño o por medios ilegales, el caso es que estaba allí y fue detenido por las fuerzas de policía de este país. Por consiguiente, el simple hecho de que su llegada se hubiese efectuado de manera ilegal no excluía en modo alguno la jurisdicción del Tribunal.”<sup>61</sup>

69. No obstante, el Tribunal hizo uso de su facultad de inhibirse del caso, por razones de equidad<sup>62</sup>.

70. Lo cierto es que la práctica de la extradición encubierta como expulsión es contraria al derecho internacional positivo. En efecto, se puede considerar contraria, en particular, al artículo 9, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual “todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”. Asimismo, el artículo 13 del Pacto solo permite la expulsión de una persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado contratante “en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley”.

71. En el plano jurisprudencial, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la causa *Bozano* encuentra apoyo en la decisión del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el caso *García c. Ecuador*<sup>63</sup>, si bien el motivo explícito en que se basó esta decisión no fue la extradición encubierta. El problema planteado era la expulsión de un nacional colombiano del Ecuador a los Estados Unidos de América, donde se lo acusaba de narcotráfico. Se demostró que el Gobierno de los Estados Unidos no había aplicado el tratado de extradición que existía entre ambos países porque dudaba de que los tribunales ecuatorianos fueran a conceder la extradición del demandante. El interesado no pudo comunicarse con un abogado ni solicitar que un juez ecuatoriano examinara la legalidad de su expulsión. Dado que las autoridades del Estado autor de la expulsión admitieron que el procedimiento de expulsión había sido irregular, el Comité declaró que se habían vulnerado los artículos 9 y 13 del Pacto de 1966<sup>64</sup>.

72. Se han podido encontrar varias decisiones en esta materia dictadas por órganos jurisdiccionales de carácter universal. No obstante, la claridad y pertinencia del motivo invocado por los tribunales nacionales y por el Tribunal Europeo de

<sup>60</sup> *R. v. Bow Street Magistrates, ex parte Mackeson*, op. cit., pág. 343. El Tribunal se basó en gran medida en la decisión de expulsión adoptada por el Tribunal Superior de Rhodesia en la causa *Mackeson*, op. cit., págs. 246 a 259.

<sup>61</sup> *R. v. Bow Street Magistrates, ex parte Mackeson*, op. cit., pág. 343.

<sup>62</sup> *Ibid.*, págs. 336 a 345.

<sup>63</sup> Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, observaciones de 5 de noviembre de 1991, *Edgar A. Cañón García contra Ecuador*, comunicación núm. 319/1988, de 4 de julio de 1988, CCPR/C/43/D/319/1988, 12 de noviembre de 1991. Caso citado por D. Rouget, op. cit., pág. 181.

<sup>64</sup> Véase A.-L. Ducroquetz, “*L’expulsion des étrangers en droit international et européen*”, tesis, Universidad de Lille 2, 2007, pág. 414.

Derechos Humanos para condenar la práctica de la extradición encubierta como expulsión, así como la adhesión de la doctrina a esta línea jurisprudencial, hacen que la sentencia en la causa *Bozano* sea un reflejo de la tendencia imperante. Por tanto, si bien no cabe hablar de codificación de una norma consuetudinaria de prohibición de la práctica de la expulsión con fines de extradición, se podría establecer esta norma al amparo del desarrollo progresivo.

#### **Proyecto de artículo 8: Prohibición de la extradición encubierta como expulsión**

**Sin perjuicio del procedimiento normal de extradición, no se deberá expulsar a un extranjero, sin su consentimiento, a un Estado que haya solicitado su extradición ni a un Estado que tenga un interés particular en responder favorablemente a esa solicitud.**

### **D. Motivos de expulsión**

73. Se reconoce que si bien las condiciones de admisión de extranjeros en el territorio de un Estado dependen de su soberanía y son, por lo tanto, de su competencia exclusiva, el Estado no puede, a su gusto, privarlos de la facultad de residencia. “Solo se puede ordenar la expulsión si hay motivos justos, motivos serios, de interés público y de necesidad pública que la hagan necesaria”<sup>65</sup>. Lo esencial de la doctrina sobre la expulsión de extranjeros tiene ese sentido por lo menos desde fines del siglo XIX<sup>66</sup>.

74. Está igualmente establecido en el derecho internacional que el Estado autor de la expulsión “debe, cuando se presente la ocasión, dar las razones de ella”<sup>67</sup>, ya sea a petición del expulsado o del Estado de destino de la persona expulsada<sup>68</sup> o ante un tribunal internacional<sup>69</sup>. Dicho en otras palabras, la expulsión debe estar fundamentada por el Estado autor de la expulsión. Es preciso además que los motivos no sean arbitrarios. “Para ejercer el derecho de expulsión, se necesitan motivos justificados”, decía Canonico<sup>70</sup>, y compartían esa opinión diversos autores

<sup>65</sup> Véase A. Martini, *L'expulsion des étrangers*, tesis, París, 1909, pág. 54.

<sup>66</sup> Véase, en especial, de Bar, en *Journal du droit international privé*, 4ª ed. trad. Antoine, t. 3, núm. 1297, pág. 93.

<sup>67</sup> Véase el caso *Boffolo*, en Ralston, *Law and Procedure of International Tribunals*, párr. 515.

<sup>68</sup> Por ejemplo, en algunos tratados concertados en el siglo XIX por Francia y diversos Estados del continente americano se estipulaba que antes de proceder a la expulsión, el Gobierno de cada Estado parte comunicaría los motivos a los agentes diplomáticos o consulares de los Estados extranjeros interesados. Así se estipuló en el tratado de 9 de diciembre de 1834 entre Francia y Bolivia, en el tratado de 6 de junio de 1843 entre Francia y el Ecuador, en el tratado de 8 de marzo de 1848 entre Francia y Guatemala, en el tratado de 22 de febrero de 1856 entre Francia y el Salvador, y en el tratado de 9 de marzo de 1861 entre Francia y el Perú. Además, en virtud de la cláusula de la nación más favorecida, esas disposiciones se aplicaban también a las relaciones con otros Estados. (Véase Fauchille, *Traité de droit international public*, t. 1, primera parte, Paix, 1922, núm. 447, *in fine*, pág. 878 y núm. 450, pág. 982; Despagnet y C. De Boeck, *Cours de droit international public*, 4a ed., 1910, núm. 337 *in fine*, pág. 478; E. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Nueva York, Banks Law Publishing Co., 1915, párr. 30, pág. 56).

<sup>69</sup> Véase el caso *Boffolo* ya citado, Ralston, *op. cit.*, párr. 515, págs. 287 y 288; E. Borchard, *op. cit.*, pág. 56, nota 4 y pág. 57, nota 4; N. Politis, *Le problème de la limitation de la souveraineté*, 1926, pág. 487.

<sup>70</sup> Canonico en *Journal du droit international privé*, Clunet, 1890, pág. 219.

de finales del siglo XIX y de comienzos del siglo XX<sup>71</sup>. Esos “motivos justificados”, se decía entonces, se relacionan “con la idea elemental de que, en aras de un interés superior de conservación, el Estado puede expulsar a un extranjero cuya presencia en el territorio sea peligrosa para la seguridad interior o exterior del Estado”<sup>72</sup>.

75. El debate sobre los motivos o las causas de expulsión es antiguo. Cabe observar que las leyes de los Estados, antiguas o más recientes, utilizan a este propósito una terminología variada y no siempre precisa. Así, prevén tanto motivos de “orden público”, “seguridad pública”, o “seguridad interior y exterior” como motivos de “tranquilidad pública”, “higiene pública”, “salud pública”, etc.

76. Ahora bien, del examen de las convenciones internacionales actuales y de la jurisprudencia internacional relativa a la cuestión de la expulsión de extranjeros se desprende que los motivos consagrados son, en fin de cuentas, bastante poco numerosos y que se limitan principalmente a dos, a saber, el orden público y la seguridad pública<sup>73</sup>. La cuestión es determinar si se trata de los dos únicos motivos de expulsión aceptados en el derecho internacional, si son excluyentes de cualquier otro motivo, pues la práctica demuestra que los Estados invocan varios otros motivos para expulsar a extranjeros.

77. Se plantea luego el problema de la determinación del contenido preciso de los dos motivos principales, que son el orden público y la seguridad pública, problema tanto más difícil cuanto que la apreciación de la amenaza para el orden público o la seguridad pública depende de cada Estado, en este caso del Estado autor de la expulsión, y que el contenido de los conceptos es esencialmente fluctuante. Esos conceptos figuran en la mayor parte de los sistemas jurídicos sin tener un sentido preciso, y todavía menos un sentido determinable. Es importante por lo tanto extraer un criterio de apreciación. Por último, algunos casos tomados de la práctica demuestran que algunos Estados aducen motivos de expulsión que sería difícil vincular al orden público o a la seguridad pública. Tales motivos se deben evaluar a la luz del derecho internacional.

## 1. Orden público y seguridad pública

78. Las nociones de orden público y seguridad pública se utilizan con frecuencia para fundamentar una expulsión<sup>74</sup>.

79. Como se ha visto, la Convención de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y la Convención de 26 de abril de 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas estipulan, en el párrafo 1 del artículo 32 y en el párrafo 1 del artículo 31, respectivamente, que los Estados contratantes no expulsarán a refugiado o apátrida alguno, según el caso, que se encuentre legalmente en el territorio de tales Estados, “a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público”. Igual cosa se estipula en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

<sup>71</sup> Véase, en especial: A. Martini, *L'expulsion des étrangers*, tesis, París, 1909, pág. 54; C. De Boeck, “*L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique*”, *RCADI*, 1927, II, págs. 532 y 533.

<sup>72</sup> C. De Boeck, op. cit., pág. 532.

<sup>73</sup> Véanse los convenios y convenciones y la jurisprudencia internacional citada en los informes segundo, tercero y quinto.

<sup>74</sup> Véase A.-L. Ducroquet, *L'expulsion des étrangers en droit international et européen*, op. cit., pág. 55.

que, sin embargo, solo hace referencia a “razones imperiosas de seguridad nacional”, y no al orden público, como motivo que pueda justificar la expulsión de un extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte. De modo análogo, el Convenio Europeo de Establecimiento de 1955 dispone en el párrafo 1 de su artículo 3 que los nacionales de los Estados partes pueden ser expulsados del territorio de otros Estados partes, donde residen legalmente, si son una amenaza para la seguridad del Estado o si han contravenido el orden público. Por extensión, se puede considerar que esos dos motivos de expulsión se aplican a todos los extranjeros que se hallen legalmente en el territorio del Estado autor de la expulsión y que la violación de la legislación relativa a la entrada y residencia de extranjeros puede ser motivo suficiente de expulsión de los extranjeros que se encuentren ilegalmente en el territorio del Estado; ello sin perjuicio de la protección que ofrecen ciertas leyes nacionales a ciertas categorías de extranjeros en situación irregular, en función de consideraciones variables, como se verá más adelante, según los Estados.

80. En cualquier caso, ni las convenciones internacionales anteriormente citadas ni la jurisprudencia internacional definen de manera precisa los conceptos de orden público y seguridad pública; por esa razón, el derecho interno de cada país y la jurisprudencia regional serán de valiosa ayuda a este respecto.

#### a) Orden público

81. La noción de orden público no es unívoca, y con frecuencia se le ha reprochado ser maleable y manipulable a voluntad, por no tener un contenido preciso e inmutable. Es evidente además que su significado varía según se emplee en el ordenamiento interno de un Estado o en el ordenamiento internacional, o incluso en el sentido de “orden público” europeo por ejemplo; o que se aplique a tal materia o a tal otra. Así, el orden público mercantil no tiene el mismo contenido que el orden público en el marco de la policía administrativa. Es en este último marco, que comprende la gestión de las libertades públicas y más especialmente de la residencia de extranjeros, que se considera el concepto de orden público en el presente informe.

82. El *Dictionnaire de droit international public* da una definición significativa del orden público, al decir que se trata de un “conjunto de principios del *ordenamiento jurídico interno de un país determinado*, que se consideran fundamentales en un momento dado y los cuales no está permitido suspender”<sup>75</sup>. Como se ha visto anteriormente, el derecho internacional, en este caso el relativo a la expulsión de extranjeros, se remite a esos principios. En ese sentido, el Protocolo del Convenio Europeo de Establecimiento de 13 de diciembre de 1955 dispone que “toda Parte Contratante tendrá derecho a determinar mediante criterios nacionales: 1. Las razones relativas al orden público, a la seguridad, a la salud pública o a las buenas costumbres. [...] 3. Las circunstancias que constituyen una amenaza a la seguridad del Estado o que atentan contra el orden público o las buenas costumbres”. En la sección III del mismo Protocolo se dispone que “a) el concepto de orden público se entenderá en el sentido amplio generalmente aceptado en los países continentales”. Así, además de las convenciones internacionales anteriormente mencionadas, el

<sup>75</sup> Ver a este respecto las explicaciones presentadas sobre los conceptos de “orden público europeo” y “orden público internacional” en el *Dictionnaire de droit international public* (bajo la dirección de J. Salmon).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce que “debido a su particular gravedad y a la reacción del público ante su comisión, ciertas infracciones pueden causar un trastorno social tal que justifique la detención preventiva, al menos durante un tiempo”, ello “en la medida en que el derecho interno reconoce (...) la noción de trastorno del orden público provocado por una infracción”<sup>76</sup>. La jurisprudencia de derecho internacional privado utiliza la misma técnica de remisión al establecer que los tribunales de un Estado no están obligados a aplicar la ley extranjera sino en el caso de que su aplicación o el respeto de los derechos adquiridos en virtud de la ley de que se trata “no atente contra principios o disposiciones de su legislación nacional considerados esenciales para el orden público”<sup>77</sup>. Finalmente, cabe observar que en sus escritos en la causa relativa a *Ciertos empréstitos noruegos*, Francia hizo notar que el Gobierno noruego, al ampliar el ámbito de aplicación de disposiciones que estimaba que su orden público interno requería, se extralimitaba en su derecho, pues “somete a extranjeros que viven fuera de su soberanía a una noción de orden público interno que la propia legislación de los interesados no reconoce”<sup>78</sup>.

83. Más recientemente, en la causa *Ahmadou Sadio Diallo*, la Corte Internacional de Justicia se limitó a constatar que la parte demandada había invocado efectivamente la excepción de orden público como fundamento de la expulsión de la persona encausada, defendida en este caso por su Estado mediante la protección diplomática. En efecto, la Corte considera establecidos los hechos siguientes:

“El 31 de octubre de 1995, el Primer Ministro del Zaire dictó un decreto de expulsión contra el Sr. Diallo. Según dicho decreto, la expulsión se debía al hecho de que ‘la presencia y la conducta [del Sr. Diallo] habían comprometido y continuaban comprometiendo el orden público zaireño, especialmente en materia económica, financiera y monetaria’. El 31 de enero de 1996, el Sr. Diallo, que había sido objeto de detención previa, fue sacado del territorio zaireño y devuelto a Guinea por vía aérea. El alejamiento del territorio zaireño fue ejecutado y notificado al Sr. Diallo en forma de acta de devolución por ‘residencia ilegal’, hecha en el aeropuerto de Kinshasa ese mismo día”<sup>79</sup>. La República Democrática del Congo da a este concepto de “orden público” un sentido tan vago que parece abarcar todas las acciones del Sr. Diallo que no encuentra aceptables. En efecto, “agrega que la medida de expulsión del Sr. Diallo se justificaba por las reivindicaciones financieras cada vez más exorbitantes y ‘manifiestamente carentes de fundamento’ que éste había formulado contra empresas públicas zaireñas y empresas privadas que realizan actividades en el Zaire, y por la campaña de desinformación que había iniciado y que ‘estaba destinada a las más altas instancias del Estado zaireño, pero también a muy altas personalidades extranjeras’. La República Democrática del Congo subraya que ‘la suma total que según el Sr. Diallo se debía a las sociedades de las que era director ascendía a más de 36.000 millones de dólares de los Estados Unidos ... , lo que representa casi tres veces el monto de

<sup>76</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Letelier*, sentencia del 26 de junio de 1991, serie A.

<sup>77</sup> Tribunal de Casación de Francia, *Etat russe c. La Ropit*, sentencia del 5 de marzo de 1928, *Journal de droit international privé (Clunet)*, 1928, pág. 674.

<sup>78</sup> Corte Internacional de Justicia, *Certains emprunts norvégiens*, respuesta del Gobierno de Francia de 20 de febrero de 1957, *Mémoire*, vol. I, pág. 398.

<sup>79</sup> Corte Internacional de Justicia, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fallo del 24 de mayo de 2007, párr. 15.

la deuda externa total de la [República Democrática del Congo]’. Agrega que ‘además a las autoridades zaireñas les parecía que el Sr. Diallo había estado implicado en ciertos casos de tráfico de divisas y que, por lo demás, había cometido varias tentativas de corrupción’. Por lo tanto, las acciones del Sr. Diallo podrían haber afectado gravemente, no sólo el buen funcionamiento de las empresas interesadas, sino también el orden público del Zaire”<sup>80</sup>. De los escritos citados por la Corte se desprende además que son las “actividades fraudulentas y que atentan contra el orden público [del Sr. Diallo] las que motivaron su alejamiento del territorio nacional”<sup>81</sup>.

84. Indudablemente, la Corte, que solo debía pronunciarse sobre excepciones preliminares, no creyó necesario considerar (en esta etapa del procedimiento) los componentes del concepto de orden público invocado ni tampoco señalar la contradicción entre la invocación del “orden público zaireño” en el decreto de expulsión y la referencia a la “residencia ilegal” en el acta de devolución, y todavía menos arriesgarse a definir ese concepto de orden público. Es muy probable que, con su silencio sobre la cuestión, pretenda remitir implícitamente a la competencia del ordenamiento jurídico interno en esa materia. Sin embargo, el derecho internacional no puede dejar de extraer algunos criterios de apreciación de la invocación de este motivo (como del de “seguridad pública”) a fin de evitar los posibles abusos en el ejercicio por el Estado de una competencia con repercusiones internacionales, sin control alguno. A este respecto, en el derecho interno, en particular el derecho francés, se reconoce que la administración debe atender a las amenazas contra el orden público de las que tenga conocimiento<sup>82</sup>, no debe dejar que subsista una situación ilegal<sup>83</sup> y, llegado el caso, debe prestar ayuda a la fuerza pública para la ejecución de la cosa juzgada<sup>84</sup>. Esta obligación, tanto lógica como de sentido común, es “una condición del respeto de la ley, un corolario de la continuidad del Estado y, simplemente, una exigencia de la vida en sociedad”<sup>85</sup>.

85. En el ordenamiento interno, como en el internacional, la existencia de una finalidad de orden público condiciona la legalidad del acto o de la actuación de la autoridad de policía administrativa. Esa autoridad debe demostrar que persigue un fin de orden público y no solamente un fin de interés general, en el sentido amplio. En caso contrario, habría desviación de poder<sup>86</sup>.

86. No obstante, cabe observar que, cuando existen textos sobre la materia, generalmente se limitan a fundamentar la competencia de la autoridad policial y rara vez definen el contenido del orden público<sup>87</sup>. Como máximo, enumeran los

<sup>80</sup> Ibid., párr. 19.

<sup>81</sup> Ibid., párr. 81.

<sup>82</sup> Consejo de Estado, 23 de octubre de 1959, *Doublet*, y 14 de diciembre de 1962, *Doublet*; Consejo de Estado, 27 de octubre de 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*. Ver, en general, P. Bernard, *La notion d'ordre public en droit administratif*, París, L.G.D.J., 1962.

<sup>83</sup> Consejo de Estado, 20 de octubre de 1972, *Ville de Paris c/ Marabout*.

<sup>84</sup> Consejo de Estado, 20 de noviembre de 1923, *Couitéas*.

<sup>85</sup> D. Truchet, “L'autorité de police est-elle libre d'agir?”, *Actualité juridique du droit administratif (AJDA)*, 1991, pág. 81.

<sup>86</sup> Véase V. Tchen, “Police administrative. – Théorie générale”, *Jurisclasseur administratif* (04, 2007), Fasc. 200, 6 de junio de 2007, parr. 64, pág. 24.

<sup>87</sup> En el Camerún, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 40 del Decreto núm. 2008/377, de 12 de noviembre de 2008, que establece las atribuciones de los jefes de las circunscripciones administrativas y prevé lo necesario para la organización y el funcionamiento de sus servicios, dispone que el Prefecto puede “en caso de amenaza a la seguridad interior o exterior del Estado



componentes de este “estándar” tremendamente indeterminado<sup>88</sup>. La apreciación de la finalidad de orden público es tanto más inasible cuanto que depende esencialmente de consideraciones de hecho y, por tanto, de las circunstancias.

87. Sin que sea necesario entrar aquí a distinguir, como hacen algunos ordenamientos jurídicos, entre orden público “general” (el caso en que la autoridad policial ejerce su competencia sobre un territorio determinado con respecto a toda actividad y persona) y el orden público “especial” (el caso en que se establece en un texto el ámbito de aplicación, el contenido o las modalidades de ejercicio de las facultades de policía), cabe observar que ciertos textos de derecho interno hacen una descripción del contenido del orden público que no es limitativa. En Francia, por ejemplo, del artículo L. 2212-2 del Código general de las entidades territoriales se desprende que el orden público comprende, “especialmente”, el “buen orden, la seguridad, la protección y la salubridad públicas”. Es ése un buen ejemplo de la dificultad de acotar este concepto, pues no solamente la lista de sus componentes no es manifiestamente limitativa, sino que además figura en ella la noción de “seguridad pública” que aparece, en derecho internacional, como un motivo separado de expulsión de un extranjero.

88. Por lo demás, el artículo L.2212-2, apartado 2, asocia al “buen orden” el concepto de “tranquilidad pública”, sin que se sepa si ambos conceptos son sinónimos, y la jurisprudencia francesa agrega a los componentes ya mencionados, componentes complementarios como la moralidad pública<sup>89</sup>, la dignidad humana<sup>90</sup> o la estética<sup>91</sup>.

## b) Seguridad pública

89. La excepción de “seguridad nacional” o de “intereses esenciales de seguridad” figura en diferentes tratados internacionales que se ocupan de materias tan variadas como el derecho internacional comercial (véase, por ejemplo, el famoso artículo XXI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio o el artículo 2102 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte), el derecho a la protección de las inversiones internacionales, el derecho a la libertad de circulación o incluso el

---

instaurar personalmente o pedir al funcionario o la autoridad competente que emprenda las acciones necesarias para investigar los crímenes y delitos y llevar a los autores ante los tribunales, en la forma y los plazos establecidos en los instrumentos vigentes”.

<sup>88</sup> Véase V. Tchen, “Police administrative. – Théorie générale”, artículo citado, pág. 26.

<sup>89</sup> Véanse algunas sentencias anteriores que se refieren a los conceptos de “higiene moral”, Consejo de Estado, 7 de noviembre de 1924, *Club sportif indépendant chalonnais*, *Rec.* 1924, pág. 863; *Dalloz Périodique (DP)* 1924, 3; pág. 58, *conclusion Cahen-Salvador* (relativa a los combates de boxeo); Consejo de Estado, 30 de septiembre de 1960, *Jauffret*, *Rec.* 1930, pág. 582 (referente a los motivos de “decencia”).

<sup>90</sup> Véase especialmente Consejo de Estado, 27 de octubre de 1995, *Communes Morsang-sur-Orge et Aix-en-Provence*, *JurisData* núm. 1995-047649; *Rec.* 1995, pág. 372; Tribunal Administrativo de Versalles, 25 de febrero de 1992, *Société Fun Productions, Wachenein c/Commune Morsang-sur-Orge*, *AJDA* 1992, pág. 525, nota C. Vimbert; *Revue française de droit administratif* 1992, pág. 1026, nota J. – F. Flauss; véase también Consejo Constitucional, 19 de enero de 1995, decisión núm. 94-359 D.C, considerando 6, y Consejo Constitucional, 27 de julio de 1994, decisión núm. 94- 343, considerando 2 .

<sup>91</sup> Véase en especial, a propósito de la legalidad de la conservación de la estética de un lugar público: Consejo de Estado, 2 de agosto de 1924, *Leroux*, *Rec.*, 1924, pág. 780; Consejo de Estado, 23 de octubre de 1936, *Union parisienne des syndicats de l'imprimerie*, *Rec.*, 1936, pág. 906.

derecho a la asistencia judicial<sup>92</sup>. Sin embargo, nos interesaremos esencialmente en las convenciones relativas a los derechos humanos, pues la expulsión de extranjeros afecta a esos derechos más que a las cuestiones que acabamos de mencionar. Al igual que el motivo relativo al orden público, la excepción de seguridad pública figura en particular en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 4 y 13), la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (art. 32), la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (Art. 31), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 15), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 27) y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 12).

90. El concepto de seguridad pública no es más preciso que el de orden público. La dificultad que presenta la determinación de su contenido se complica debido a cierta imprecisión terminológica. Las expresiones “seguridad pública”, o “nacional” o “interior y exterior” y “seguridad nacional” ¿son sinónimas? Las leyes nacionales no ayudan a responder a esta cuestión. Mantienen la confusión, pues unas veces dan la impresión de que se trata de nociones distintas, y otras veces de que son intercambiables. El artículo 13 de la Ley polaca sobre los extranjeros, de 25 de junio de 1997, menciona en particular la participación en actividades que pongan en peligro la independencia, la integridad territorial, el régimen político y el poder de defensa del Estado, así como el terrorismo y el tráfico de armas y de estupefacientes, pero además cualquier otra razón relacionada con una amenaza a la seguridad del Estado o a la necesidad de protección del orden público. A pesar de esos intentos de formulación, se ha constatado que se trata de nociones vagas y “generales” que dan lugar a interpretaciones arbitrarias<sup>93</sup>. Los estudios de derecho internacional sobre la cuestión no parecen prestar especial atención a este problema de terminología, pues emplean las expresiones “seguridad nacional” y “seguridad pública” como si fueran equivalentes<sup>94</sup>. Por lo tanto, por comodidad práctica, optaremos también por el criterio que las considera sinónimos.

91. ¿Qué es, pues, la seguridad pública, entendida como la misma cosa que la expresión seguridad nacional?

92. La expresión se utiliza ampliamente en todas las legislaciones nacionales, sin que por eso se le dé una definición. Se dice que es un concepto vago, elástico e impreciso, a tal punto, declara un autor estadounidense, que es posible considerar que todo lo que sucede en el país afecta de un modo u otro a la seguridad nacional<sup>95</sup>. Según un autor, la seguridad nacional abarca “toda amenaza capaz de poner en peligro la independencia de un Estado, su soberanía, o de atentar contra sus instituciones o las libertades democráticas”<sup>96</sup>, en tanto que el orden público abarca

<sup>92</sup> Véase Th. Christakis, “L’Etat avant le droit? L’exception de ‘sécurité nationale’”, *Revue générale de droit international public* (RGDIP), 2008, vol. 112, núm. 1, págs. 16 a 22. Las elaboraciones subsiguientes se inspiran en gran medida en este estudio.

<sup>93</sup> Véase el informe de Manuela Aguiar, Relatora de la Comisión de Migraciones, Refugiados y Población de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, informe de 27 de febrero de 2001, doc. 8986.

<sup>94</sup> *Ibid.*, pág. 10.

<sup>95</sup> Escribe este autor: “The fact is that virtually anything that happens in the country can be said, in one way or another, to touch on our ‘national security’”. Citado por Th. Christakis en el artículo ya mencionado, pág. 10.

<sup>96</sup> N. Berger, *La politique européenne d’asile et d’immigration – Enjeux et perspectives*, Bruselas, Bruylant, 2000, pág. 197.

“delitos especialmente graves”<sup>97</sup>. Esta dificultad para definir el concepto ha sido subrayada también por algunos tribunales nacionales. Así, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en su decisión *United States v. United States District Court*, observa que “habida cuenta de la dificultad para definir el interés de la seguridad nacional, el peligro de abuso al actuar para proteger dicho interés es evidente”. Igualmente, el Tribunal Supremo de Australia ha puesto de relieve el carácter elástico de este concepto en la causa *Church of Scientology Inc. v. Woodward* de 1982, en que subrayó que “la seguridad es un concepto de contenido variable que depende mucho de las circunstancias que existan en cada momento”<sup>98</sup>.

93. Se ha podido constatar la existencia de elementos de la definición del “concepto de seguridad nacional” en algunos países; y, renunciando a examinar de manera sistemática la forma en que cada ordenamiento jurídico ha tratado de fijar los límites de este concepto, el autor de este análisis dice que “basta, por el momento, observar que: a) parece generalmente aceptado que el término abarca tanto las amenazas externas como internas; b) a los gobiernos no parece correrles mucha prisa por dar una definición precisa (y *a fortiori* una definición no restrictiva) de este término, sin duda con el fin de preservar su libertad de acción; y c) que los riesgos que se derivan del carácter impreciso del concepto han sido denunciados con frecuencia por la sociedad civil y a veces incluso por los tribunales nacionales”<sup>99</sup>.

94. En el plano internacional, puesto que las convenciones internacionales que mencionan la seguridad pública como motivo de expulsión nada dicen<sup>100</sup> respecto de su definición, habría que recurrir a la jurisprudencia.

95. En años recientes, la amenaza contra la seguridad nacional como resultado del terrorismo internacional ha sido una consideración cada vez más frecuente en la expulsión de extranjeros. Algunos Estados han modificado su legislación nacional a fin de abordar de manera más eficaz este problema, como es el caso de Francia<sup>101</sup>, Alemania<sup>102</sup>, Italia<sup>103</sup> y los Estados Unidos<sup>104</sup>. El Reino Unido ha anunciado una nueva política con respecto a la deportación por actividades relacionadas con la

<sup>97</sup> Ibid.

<sup>98</sup> P. Hanks cita estas dos decisiones en “National Security – A political concept”, *Monash U. L. Rev.*, vol. 14, 1988, pág. 118, y Th. Christakis las retoma en el artículo ya mencionado, pág. 11.

<sup>99</sup> Ibid., pág. 12.

<sup>100</sup> Véase, por ejemplo, la Convención para determinar la condición de los extranjeros, en su artículo 6, párrafo 1.

<sup>101</sup> Proyecto de ley relativa a las condiciones que permiten la expulsión de las personas a las que se refiere el artículo 26 del Decreto núm. 45-2658, de 2 de noviembre de 1945, aprobada por la Asamblea Nacional de Francia en primera lectura el 17 de junio de 2004 (núm. 309).

<sup>102</sup> “Estados de Alemania como Baviera recurren a la Ley federal del 1 de enero de 2005 que les permite expulsar a los extranjeros que residen legalmente en el país que ‘apoyen o promuevan actos de terrorismo’ o que inciten al odio contra otros sectores de la población”, Benjamin Ward, “Expulsion Does Not Help”, *International Herald Tribune*, 2 de diciembre de 2005, en <http://www.eht.com/articles/2005/12/02/opinion/edward.php> (consultado el 26 de enero de 2006). Véase Alemania, Ley de 2004, artículos 54 4) y 6) y 55 2), 8 a), en los que se han incorporado las disposiciones pertinentes contra el terrorismo.

<sup>103</sup> “Italia ha expulsado al menos a cinco imanes desde 2003, y la Ley de lucha contra el terrorismo aprobada el 31 de julio de 2005 facilita aún más ese tipo de expulsión”, Benjamin Ward, op. cit. Véase en general, Italia, Ley de 2005.

<sup>104</sup> Véase Estados Unidos, Ley relativa a la inmigración y la nacionalidad, artículos 212 a) 3 B) y F) y 237 a) 4 B) y el título V en general, donde figuran las disposiciones relativas a la lucha contra el terrorismo.

apología o la incitación al terrorismo, y nueva legislación al efecto está pendiente de ser aprobada<sup>105</sup>. El concepto de “seguridad nacional” puede interpretarse de forma amplia para incluir actos o amenazas dirigidos contra la existencia o la seguridad externa del Estado territorial así como posiblemente de otros Estados, como se verá a continuación.

96. Cabe observar que la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia no es de gran ayuda para delimitar este concepto. En cambio, la de otros tribunales internacionales regionales como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ofrece más interés con respecto a esta cuestión. En efecto, ese Tribunal ha debido pronunciarse con frecuencia sobre la definición y el contenido de la excepción de “seguridad pública”, y ha optado evidentemente por un concepto amplio de este término. Por ejemplo, en el asunto *Svenska Journalistförbundet c. Consejo de la Unión Europea*, la parte demandante sugería que a falta de una definición del concepto de seguridad pública en la Decisión 93/731 del Consejo de la Unión Europea que introducía esa excepción al principio de divulgación de los documentos del Consejo, la excepción se podría definir como aquella que se aplica a los “documentos o extractos de documentos cuyo acceso al público expondría a los ciudadanos de la Comunidad, a las Instituciones o las autoridades de los Estados miembros a actos de terrorismo, a la criminalidad, al espionaje, a las insurrecciones, a la subversión y a la revolución, u obstaculizaría directamente los esfuerzos de las autoridades destinados a evitar tales actividades”<sup>106</sup>. El Consejo de la Unión Europea, respaldado por Francia, estimaba en cambio que “en modo alguno resulta necesario para la aplicación de la Decisión 93/731 definir la seguridad pública en un sentido restrictivo. El concepto de seguridad pública debería definirse de una manera flexible con el fin de tener en cuenta los cambios de circunstancias”<sup>107</sup>. El Tribunal de Primera Instancia se adhirió a la posición defendida por el Consejo.

<sup>105</sup> Tras los atentados con bombas en el transporte público de Londres el 7 de julio de 2005, el Secretario del Interior del Reino Unido, Sr. Charles Clark, anunció que haría uso de sus facultades para expulsar del país a cualquier extranjero que intentara hacer apología del terrorismo o incitar a otros a cometer actos terroristas, por cualquier medio, comprendidos los siguientes: 1) escribir, preparar, publicar o distribuir material impreso, 2) hablar en público, incluida la predicación, 3) dirigir un sitio web, o 4) valerse de un cargo de responsabilidad como el de profesor o dirigente comunitario o juvenil para expresar opiniones que a) fomenten o justifiquen la violencia terrorista o hagan apología de ella en aras de una determinada creencia, b) traten de incitar a otros a cometer actos de terrorismo, c) alienten a la comisión de otros actos delictivos graves o traten de incitar a otros a cometerlos, o d) inciten al odio, que a su vez puede desencadenar la violencia entre las comunidades en el Reino Unido. Home Office Press Notice 118/2005, Exclusion or Deportation from the UK on Non-Conducive Grounds: Consultation Document, 5 de agosto de 2005. De ser promulgado el proyecto de ley contra el terrorismo que se encontraba ante el Parlamento: “1) se tipificaría como delito la incitación al terrorismo o su enaltecimiento; 2) se tipificaría como delito la actividad de las librerías extremistas que difundan material radical; 3) se tipificaría como delito el hecho de impartir o recibir adiestramiento para el terrorismo o de frecuentar un “campo de adiestramiento para el terrorismo”; 4) se tipificaría como delito la planificación de actos de terrorismo o la preparación para cometerlos; 5) se ampliaría a tres meses el límite máximo de la detención preventiva en los casos de terrorismo, y 6) se ampliarían los motivos de interdicción para combatir a los grupos que hagan apología del terrorismo.” Home Office Press Notice 148-2005.

<sup>106</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia del 17 de junio de 1998, asunto T-111/74/95, párr. 91.

<sup>107</sup> *Ibid.*, párr. 95.

Para el Tribunal, “la jurisprudencia del Tribunal de Justicia revela que el concepto de seguridad pública no tiene un único significado”<sup>108</sup>.

97. En efecto, cabe observar que según la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia desde 1991, la noción de “seguridad pública” abarca, al igual que el concepto interno de la mayoría de los Estados, no solo la seguridad interior de un Estado miembro de la Unión Europea, sino también su seguridad exterior, que por lo demás se concibe de manera más bien amplia, como se desprende de la sentencia *Leifer*, de 17 de octubre de 1995<sup>109</sup>. Esta interpretación amplia del concepto de seguridad pública aparece también en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de julio de 1984, dictado en el asunto *Campus Oil*, referente al abastecimiento de productos petrolíferos. Aparentemente la comparten otros tribunales, también en ámbitos que no están directamente relacionados con los derechos humanos. Es el caso de los cuatro tribunales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, como lo demuestran los laudos emitidos entre el 12 de mayo de 2005 y el 28 de septiembre de 2007 en el marco de procedimientos entablados por inversionistas extranjeros contra la Argentina por las medidas adoptadas por ese Estado entre 2000 y 2003 para hacer frente a la grave crisis financiera que atravesaba en ese momento<sup>110</sup>.

98. En cambio, en la esfera de la protección internacional de los derechos humanos, se ha intentado a veces dar una interpretación restrictiva de lo que se puede permitir a título de la excepción de seguridad pública, con el fin de evitar los abusos, especialmente en el contexto de la lucha contra el terrorismo. Es así como, en un informe reciente presentado a la Asamblea General, el *Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, Martin Scheinin, aduce que solamente se puede “invocar la seguridad nacional para justificar las medidas que limiten ciertos derechos cuando esas medidas se adopten para proteger la existencia de la nación, su integridad territorial o su independencia política contra la fuerza o la amenaza de la fuerza. No se podrá invocar la seguridad nacional como motivo para imponer limitaciones o impedir amenazas puramente locales o relativamente aisladas contra el orden público ni utilizarla como pretexto para” una expulsión. En 1994, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, además de reconocer que el concepto de orden público es bastante “vago”, precisó que la seguridad nacional está en peligro “en los casos más graves, cuando exista una amenaza política o militar directa contra todo el país”<sup>111</sup>.

99. La vaguedad de los conceptos de orden público y seguridad pública expone al riesgo de que la facultad de apreciar la conducta del extranjero se ejerza en forma arbitraria por el Estado autor de la expulsión. En efecto, en algunos casos bastará que el extranjero sea considerado indeseable para que se le expulse por menoscabo del orden público o amenaza a la seguridad nacional.

<sup>108</sup> *Ibid.*, párr. 121.

<sup>109</sup> Asunto *Leifer*, sentencia de 17 de octubre de 1995, párrs. 27 y 28.

<sup>110</sup> Véase, por ejemplo, el laudo del 12 de mayo de 2005 dictado en el caso *CMS c. Argentine*. Respecto de estos laudos arbitrales, véase Th. Christakis, artículo ya citado, págs. 14 a 16.

<sup>111</sup> Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “Cuestión de los derechos humanos de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”, 51º período de sesiones, 14 de diciembre de 1994, E/CN.4/1995/32.

## 2. Criterios de apreciación de los motivos de orden público y de seguridad pública

100. Así pues, el derecho de entrada y de residencia de extranjeros en un Estado se entiende sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público o de seguridad pública. Como se ha visto, la práctica internacional se remite al ordenamiento jurídico nacional para la determinación del contenido de esos motivos. La cuestión es saber si el Estado dispone de una facultad discrecional absoluta de apreciación en la materia.

101. La respuesta a esta cuestión es negativa a la luz de la doctrina, la jurisprudencia internacional y la posición de ciertos Estados<sup>112</sup>, así como de la posición de la Comisión de la Comunidad Europea sobre el alcance de las reservas de orden público (que, en nuestra opinión, se podría hacer extensivo al motivo de seguridad pública). A pesar de la amplia discrecionalidad de que disponen los Estados para evaluar una amenaza contra la seguridad nacional, algunos autores estiman que el motivo de la seguridad nacional para la expulsión puede estar sujeto al requisito de proporcionalidad: “Algunos tratados requieren que los Estados no expulsen a los extranjeros a menos que existan razones específicas [por ejemplo, seguridad nacional]. ... Sería difícil denegar al Estado expulsor cierta discrecionalidad a la hora de determinar si existe un peligro para la seguridad nacional y si en ese caso concreto la presencia de la persona en cuestión afecta a dicha seguridad. Queda claro que el Estado expulsor es el que está en mejor posición para evaluar la existencia de una amenaza a su propia seguridad y orden público. El Estado considerará esta cuestión tomando como base las circunstancias de las que tenga conocimiento en el momento de la expulsión; cualquier evaluación a posteriori sería injusta”. Por tanto, desde el punto de vista de un órgano supervisor, parecería justificado dejar al Estado expulsor un “margen de discrecionalidad”, para utilizar términos empleados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos. Este margen no sólo afecta a la facultad de control (de la decisión de expulsión) que pueda tener un órgano judicial o de otro tipo, sino también al alcance de la obligación del Estado.

102. Cuando se aplican las restricciones en cuestión, también es necesario que haya proporcionalidad. En otras palabras, “aun cuando un Estado tenga derecho a considerar que un extranjero constituye un peligro para la seguridad nacional, la expulsión sería no obstante excesiva si el peligro considerado es solo mínimo”<sup>113</sup>. La jurisprudencia internacional relativa al laudo arbitral emitido en el caso *J. N. Zerman c. Mexico* confirmó con claridad el derecho del Estado a expulsar a todo extranjero por motivos relacionados con la seguridad nacional. No obstante, señaló que en una situación en que no hay guerra, el Estado no puede expulsar a un

<sup>112</sup> En Francia, por ejemplo, el magistrado administrativo no reconoce a las autoridades de policía la facultad de apreciación discrecional en materia de orden público. Verifica si la perturbación o la amenaza de ella es “suficientemente grave” para justificar la medida adoptada, y no vacila en hacer prevalecer su propia apreciación de la situación concreta, que sustituye a la de la autoridad municipal. De hecho, considera la oportunidad una condición de la legalidad: véase la jurisprudencia del Consejo de Estado, especialmente en las sentencias: *Benjamin* (19 de mayo de 1933, *Sirey* 1934, 3, pág. 1, conclusiones de Michel), *Ville Brest c. Laurent* (8 de diciembre de 1989, núm. 71172, *Juris-Data*, núm. 1979, cuadros pág. 653), *Bedat c/ Commune de Borce* (29 de junio de 1990, conclusiones de Toutée, nota de Cardon), y la jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Apelación de Burdeos en la sentencia *Commune de Tarbes* (26 de abril de 1999, núm. 97BX01773); y A. de Laubadere, J-C. Venezia e Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, París, LGDJ, 14<sup>a</sup> éd. 1996, t. 1.

<sup>113</sup> G. GAJA, op. cit., pág. 296.

extranjero que constituya una amenaza para la seguridad nacional sin incoar un procedimiento contra él o enjuiciarlo. “El árbitro considera que, estrictamente hablando, el Presidente de la República de México tenía derecho a expulsar de su territorio a un extranjero que pudiera considerarse peligroso y que, durante un período de guerra o de alteraciones del orden público, puede ser necesario ejercer este derecho aún basándose en una mera sospecha; no obstante, en el caso presente no había guerra, y las razones de seguridad no podían alegarse como motivo para expulsar al reclamante sin incoar un procedimiento contra él o enjuiciarlo; no obstante, si el Gobierno de México tenía razones para llevar a cabo la expulsión, al menos estaba obligado a demostrar esas acusaciones ante la comisión. La mera afirmación, o la declaración del cónsul de los Estados Unidos en un despacho enviado a su Gobierno, de que el reclamante estaba empleado por las autoridades imperialistas no parece ser, a juicio del árbitro, suficiente prueba de que ello fuera así, ni suficiente motivo para llevar a cabo la expulsión”<sup>114</sup>.

103. Parece, en efecto, a la luz del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea en particular, que el orden público no ofrece a los Estados un motivo general de intervención y que no se puede invocar al margen de las hipótesis previstas expresamente: “Para poder valerse del artículo 36 (nuevo artículo 30), los Estados miembros se deben mantener dentro de los límites trazados por esta disposición en lo que respecta tanto al objetivo que se pretende conseguir como a la naturaleza de los medios”<sup>115</sup>. Por otra parte, el carácter mixto del concepto de orden público reconocido actualmente por la doctrina<sup>116</sup> tiene como consecuencia que ese concepto conserva, en razón de su objeto, una fuerte dimensión nacional, objeto que depende de *circunstancias concretas propias de un espacio y un tiempo determinados*<sup>117</sup>; pero en el ordenamiento comunitario europeo, eso no “significa sin embargo que [...] los Estados sean libres de definirlo e interpretarlo según sus propias prácticas y tradiciones”<sup>118</sup>.

104. Ciertamente, ese razonamiento se inserta en un ordenamiento jurídico integrado basado en un tratado que se impone a todos los Estados miembros y no se puede trasladar en forma mecánica al ordenamiento internacional. Se puede por tanto reconocer, a la luz de la práctica de los Estados, que contrariamente a esta concepción de la apreciación del orden público en el marco del derecho comunitario europeo, parecería que los Estados son libres de definir e interpretar el concepto de orden público conforme a sus propias prácticas y tradiciones, en el marco del derecho de extranjería. Sin embargo su libertad en la materia no sería absoluta, ya que, al tratarse de una materia que afecta a los derechos y libertades de la persona,

<sup>114</sup> *J.N. Zerman v. Mexico*, en John Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitration to which the United States has been Party*, vol. IV, Washington, Government Printing Office, 1898, pág. 3348.

<sup>115</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 10 de diciembre de 1968, asunto 7/68, *Comisión de las Comunidades Europeas c. Italia*, Rec. 1968, pág. 628.

<sup>116</sup> Véase, en especial: E. Picard, “L’influence du droit communautaire sur la notion d’ordre public”, *AJDA*, 1996, pág. 62, número extraordinario; S. Poillot-Peruzzetto, “Ordre public et droit communautaire”, *Dalloz*, crónica, pág. 177; F. Hubeau, “L’exception d’ordre public et la libre circulation des personnes en droit communautaire”, *Cahiers de droit européen*, 1981, pág. 212.

<sup>117</sup> Véase C. Picheral, “Ordre public et droit communautaire. - Communautarisation des réserves d’ordre public”, *Jurisclasseur Europe Traité*, Fasc. 650, 5 de febrero de 2007, pág. 6.

<sup>118</sup> Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación relativa a las medidas especiales en materia de desplazamiento y residencia de los ciudadanos de la Unión, justificadas por razones de orden público, de seguridad y salud pública, de 19 de julio de 1999: *Doc. Com (1999)*, 372 final, pág. 8.

todo acto del Estado estará limitado necesariamente por la exigencia de que se ajuste a las normas pertinentes de derecho internacional o que no las contravenga, en particular las normas relativas a la protección de los derechos humanos. Pues, en este caso, es precisamente el derecho internacional el que establece el orden público y la seguridad como motivos de expulsión, y por tanto como excepciones al derecho de residencia de los extranjeros, en particular los que se encuentran en situación legal. Por lo tanto, el Estado solo puede determinar en forma unilateral el alcance de esas excepciones de conformidad con el derecho internacional y bajo el control de éste. Si nos basamos en las ideas de J.C. Venezia sobre “la facultad discrecional”, el Estado debe hacer uso de su facultad de expulsión “*teniendo en cuenta las circunstancias particulares en cada uno de los casos que se le someten, lo que obliga a proceder a un examen previo de las circunstancias*”<sup>119</sup>. La Directiva 64/221 sobre las disposiciones relativas al alejamiento del territorio adoptadas por razones de orden público o de seguridad pública, estipulaba en su artículo 3 que tales medidas “deberán estar fundamentadas, exclusivamente, en el comportamiento personal del individuo”, lo que es una réplica exacta de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 27 de la Directiva 2004/38. Igualmente, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas recuerda sistemáticamente esta regla en su jurisprudencia.

105. En el asunto *Bonsignore*, de 26 de febrero de 1975<sup>120</sup>, la persona inculpada era de nacionalidad italiana, residía en la República Federal de Alemania y había sido condenada por infracción a la ley de armas y por homicidio por imprudencia. La autoridad competente en materia de policía de extranjeros había ordenado su expulsión. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, encargado de pronunciarse sobre la validez de esta decisión de expulsión a raíz de una remisión prejudicial del Tribunal Administrativo de Colonia, recuerda en primer lugar que el párrafo 1 del artículo 3 de la directiva de 1964 dispone que “las medidas de orden público o de seguridad pública deberán estar fundamentadas, exclusivamente, en el comportamiento personal del individuo a que se apliquen”<sup>121</sup>. Precisa que no pueden, por tanto, argumentarse “justificaciones no vinculadas al caso individual”<sup>122</sup>. El Tribunal recuerda a continuación que el objetivo de la Directiva es eliminar toda discriminación “entre los nacionales y los ciudadanos de los demás Estados miembros” y concluye que “la noción de comportamiento personal expresa la exigencia de que una medida de expulsión no puede referirse sino a las amenazas al orden público y a la seguridad pública que podrían ser obra del individuo que es objeto de la medida”<sup>123</sup>. Por consiguiente, no se puede decidir una expulsión con el fin de disuadir a los demás extranjeros de cometer cualquier delito similar a aquel de que se trata. Dicho de otro modo, se debe dictar una orden de expulsión únicamente por razones de prevención especial (ibíd., párr. 7) y no “sobre la base de apreciaciones globales”<sup>124</sup>.

106. La Directiva de 2004 consagra esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al prever que “no podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de

<sup>119</sup> J.-C. Venezia, *Le pouvoir discrétionnaire*, tesis, Paris, 1959, 176 págs., pág. 138.

<sup>120</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 26 de febrero de 1975, *Carmelo Bonsignore c. Oberstadtdirektor der Stadt Köln*, asunto 67/74, *Rec.* pág. 297; conclusiones del Abogado General H. Mayras, presentadas el 19 de febrero de 1975, *Rec.* pág. 308).

<sup>121</sup> *Ibid.*, párr. 5.

<sup>122</sup> *Ibid.*

<sup>123</sup> *Ibid.*

<sup>124</sup> *Ibid.*, párr. 7.



prevención general”<sup>125</sup>. Debe tratarse pues, en todo caso, de un comportamiento personal y no de una consecuencia de la adopción de medidas de orden general para el mantenimiento del orden público y la seguridad pública.

107. Siguiendo con la búsqueda de inspiración en el derecho comunitario europeo respecto a este punto relativo a los criterios de apreciación del concepto de orden público (y de seguridad pública), cabe observar que el Consejo de las Comunidades Europeas, consciente de los riesgos que presentaba una facultad discrecional de suspensión de la libre circulación de las personas, había adoptado, desde el 25 de febrero de 1964, la Directiva 64/221 para la coordinación de las disposiciones nacionales sobre medidas justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública<sup>126</sup>. Aunque no definía esos conceptos, la Directiva comunitaria subordinaba no obstante su invocación a varias condiciones, tanto de fondo como de procedimiento. Este marco jurídico ganó en precisión y densidad posteriormente gracias a las respuestas prejudiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y en la actualidad está codificado y se ha enriquecido en el marco de la Directiva 2004/38, 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<sup>127</sup>.

108. Cabe observar que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas consagra expresamente la exigencia de respeto de los derechos fundamentales en caso de invocación del orden público. En efecto, según la jurisprudencia en el asunto *Elliniki Radiophonia Tiléorassi (ERT)*, las reservas de orden público deben aplicarse en un “contexto común de respeto de los derechos humanos y de los principios democráticos”<sup>128</sup>. Subraya que, en su conjunto, las limitaciones aplicadas a las facultades de los Estados en materia de policía de los extranjeros son la manifestación específica de un principio más general consagrado por diferentes disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en virtud de las cuales los menoscabos de los derechos garantizados no pueden rebasar aquello que es necesario para la salvaguardia de las necesidades de orden público y seguridad pública “en una sociedad democrática”<sup>129</sup>. Por consiguiente, un Estado solo puede aplicar esas limitaciones si la reglamentación o las medidas restrictivas del caso se ajustan a los derechos fundamentales<sup>130</sup>.

109. Uno de los criterios para determinar la conformidad con los derechos fundamentales es que haya un justo equilibrio entre la protección del orden público y el interés de la persona. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se

<sup>125</sup> Véase el artículo 27, párrafo 2, inciso 2, de la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, del Parlamento Europeo y del Consejo.

<sup>126</sup> Véase *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 4 de abril de 1964.

<sup>127</sup> Véase *Diario Oficial de la Unión Europea*, 30 de abril de 2004.

<sup>128</sup> Documento COM (1999), 372 final, ya citado, pág. 7.

<sup>129</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 28 de octubre de 1975, asunto 36/75 *Rutilli*, *Rec.* 1975, pág. 1219, párr. 32.

<sup>130</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 18 de junio de 1991, asunto C-260/89, *ERT*, *Rec. TJCE 1991*, I, pág. 2925, párr. 43, referente a la libre prestación de servicios. Para la aplicación a la exigencia imperativa del interés general en el ámbito de la libre circulación de mercancías, véase *Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, 26 de junio de 1997, asunto C-368-95, *Vereignite Familiapress*, *Rec.* 1997, I, pág. 3680, párr. 24.

ha pronunciado en ese sentido, en particular en el asunto *Orfanopoulos y Oliveri*<sup>131</sup>, en el que calcó su jurisprudencia a ese respecto en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la causa *Boultif*<sup>132</sup>. Según el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, para valorar si la medida restrictiva es *proporcionada*, conviene tener en cuenta la naturaleza de la infracción cometida, la duración de la residencia en el territorio del Estado miembro de acogida, el período transcurrido desde la comisión de la infracción, la situación familiar del interesado y la gravedad de las dificultades que pueden presentarse al cónyuge y los hijos en el país de origen del interesado<sup>133</sup>.

110. No hay que olvidar de que las excepciones por motivos de orden público y de seguridad pública se inscriben en este caso en el marco comunitario europeo donde el Tribunal de Justicia, la Comisión Europea y muchos jurisprudencistas sostienen que el concepto de ciudadanía europea exige que se defina con mayor precisión el alcance de las excepciones<sup>134</sup> ya citadas de policía administrativa, esto es, de los motivos de legalidad o de oportunidad ajenos a la conducta del destinatario<sup>135</sup>.

111. No existe en los textos internacionales o comunitarios ni en la legislación nacional que el Relator Especial ha tenido ocasión de consultar una definición del concepto de conducta personal en el contexto de la expulsión. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha estimado conveniente proporcionar algunas precisiones sobre ese punto. Así, en el asunto *Van Duyn*, el Tribunal juzgó que la afiliación a un grupo o a una organización, en cuanto indica una participación en sus actividades y una identificación con sus fines, puede ser considerada un acto voluntario del interesado y, por tanto, parte integrante de su conducta<sup>136</sup>. En el asunto *Rutili*, que se refiere a una prohibición de permanencia en cuatro departamentos franceses donde la presencia del interesado, a juicio del Ministerio del Interior, hubiera podido causar perturbaciones, teniendo en cuenta las actividades sindicales y políticas que había desplegado en 1967 y 1968, el Tribunal de Justicia admitió que la mera presencia del ciudadano comunitario podía ser percibida como un peligro para el orden público, lo que justificaría que se impusieran restricciones al derecho de residencia y circulación en el territorio de los Estados miembros<sup>137</sup>. Estas aclaraciones no fueron invalidadas ni confirmadas en la Directiva 2004/38, que se limitó a recordar, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que “la conducta personal del interesado deberá constituir

<sup>131</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 29 de abril de 2004, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01, *Orfanopoulos y Oliveri*, Rec. 2004, I, pág. 5257, párrs. 96 y 97.

<sup>132</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2 de agosto de 2001, *Boultif*, párr. 48.

<sup>133</sup> *Orfanopoulos y Oliveri*, asunto ya citado, apartado 99; véase también la Directiva 2004/38, artículo 38.

<sup>134</sup> Véase Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 29 de abril de 2004, asunto C-493/01, *Oliveri*, Rec. 2004, I, pág. 5257, párr. 65; *Doc. COM (1999)*, 372 final, apartado 8; J.-Ph.

Lhernoud, “Les mesures d’éloignement sont-elles conformes aux règles communautaires de libre circulation?”, *JurisClasseur périodique*, G. 1999, II, 10104; G. Karydis, “L’ordre public dans l’ordre juridique communautaire: un concept à contenu variable”, *Revue trimestrielle de droit européen (RTDE)*, 2002, pág. 8.

<sup>135</sup> Véase M. Distel, “Expulsion des étrangers, droit communautaire et respect des droits de la défense”, *Rec. D. S.* 1997, Crónica XXI, pág. 169.

<sup>136</sup> Véase Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 4 de diciembre de 1974, asunto 41/74, *Van Duyn*, Rec. 1975, pág. 1231.

<sup>137</sup> Véase Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 28 de octubre de 1975, asunto 36/75, *Rutili*, Rec. 1975, pág. 1231.

una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad”. En efecto, según la jurisprudencia *Rutili*<sup>138</sup> y *Bouchereau*<sup>139</sup> relativa a la libre circulación, la invocación del orden público supone, en todo caso, que más allá de la perturbación del orden social que constituye toda infracción de la ley, existe una amenaza real y suficientemente grave que afecta a un interés fundamental de la sociedad.

112. La Directiva europea 2004/38 prohíbe que se recurra a consideraciones relacionadas con la prevención general para invocar el orden público y la seguridad pública. El apartado 2 del artículo 27 dispone que “no podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general”. La conducta de la persona interesada debe representar una amenaza real, actual y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad. Sin embargo, el intento del Tribunal de aclarar el concepto de “amenaza” sigue siendo insuficiente. ¿Qué se entiende por amenaza *actual*? ¿Qué ocurre si, por ejemplo, en el momento de ejecutarse la decisión de expulsión ha transcurrido un largo período desde su adopción? Ni el texto del artículo 3 de la Directiva 64/221 ni la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ofrecen indicaciones más precisas sobre la fecha que debe tenerse en cuenta para determinar el carácter “actual” de la amenaza. La Comisión se ha referido a la influencia que tiene la existencia de condenas penales anteriores en la apreciación de la amenaza que puede representar el interesado para el orden público o la seguridad pública, insistiendo en la importancia de que se tome en consideración el tiempo transcurrido y la evolución de la situación de la persona interesada. La Comisión ha estimado que “la manera como haya evolucionado la situación del interesado reviste particular importancia en los casos en que la amenaza se determina mucho tiempo después de la comisión de los actos que amenazan el orden público o cuando ha transcurrido un largo período entre la adopción de la decisión inicial y su ejecución, y el interesado ha hecho uso de su derecho de presentar [un nuevo recurso]. Al examinar las razones de la expulsión (...) de un ciudadano de otro Estado miembro, la buena conducta deberá tener la misma importancia que tendría en el caso de un nacional del Estado de que se trate”<sup>140</sup>.

113. El legislador comunitario europeo, en su interés por limitar en la mayor medida posible los abusos de los Estados al invocar el orden público con fines de expulsión, ha previsto en el apartado 2 del artículo 27 de la Directiva de 29 de abril de 2004 que “la existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar” medidas fundadas en el orden público o la seguridad pública. Además, y esto representa una aportación importante, el legislador ha precisado que “cuando una orden de expulsión” emitida como pena o medida accesoria “vaya a ejecutarse más de dos años después de haberse dictado, el Estado miembro deberá comprobar la actualidad y realidad de la amenaza para el orden público o la seguridad pública que representa el interesado y examinar cualquier cambio material de las circunstancias que pudiera haberse producido desde el

<sup>138</sup> *Ibid.*, pág. 1219.

<sup>139</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 27 de octubre de 1977, asunto 30/77, *Rec.* 1977, pág. 2014.

<sup>140</sup> Véase la comunicación de 19 de julio de 1999 de la Comisión Europea dirigida al Consejo y el Parlamento Europeo relativa a las medidas especiales en materia de desplazamiento y residencia de los ciudadanos de la Unión, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública, COM (1999), 372 final.

momento en que emitió la orden de expulsión”. Toda expulsión debe estar justificada en función del riesgo que continúa representando el interesado al orden público y la seguridad pública, y debe examinarse a la luz de la situación personal y actual del individuo objeto de la medida<sup>141</sup>.

114. El Tribunal de Justicia emitió su decisión en el asunto *Orfanopoulos y Oliveri*<sup>142</sup> basándose en esas normas. El Tribunal interpretó en su sentencia el concepto de amenaza actual. En ese caso concreto dos ciudadanos de la Unión, uno de nacionalidad griega y el otro de nacionalidad italiana, habían sido objeto de una decisión de expulsión motivada por infracciones graves y por el riesgo de reincidencia. Los interesados habían establecido legalmente su residencia en territorio alemán. El Tribunal recuerda ante todo que, de conformidad con el artículo 18 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, “el principio de la libre circulación de personas debe ser interpretado en sentido amplio, mientras que las excepciones a dicho principio deben interpretarse de modo restrictivo”<sup>143</sup>. Recuerda luego que, según su propia jurisprudencia, una infracción atenta contra el orden público si plantea una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. De hecho, “si bien un Estado miembro puede considerar que el consumo de estupefacientes constituye para la sociedad un peligro”<sup>144</sup>, la excepción de orden público debe interpretarse de forma restrictiva, de manera que la existencia de una condena penal solo puede justificar una expulsión 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”<sup>145</sup>. No obstante, el Tribunal no se conformó con retomar su jurisprudencia anterior, sino que precisó, por invitación de la Abogada General, que el carácter actual de la amenaza debe valorarse teniendo presentes todos los elementos y factores pertinentes. En efecto, como indicó la Abogada General, Sra. Stix-Hackl, el problema reside en que ni el artículo 3 de la Directiva 64/221, ni la jurisprudencia del Tribunal precisan qué fecha ha de utilizarse para determinar el carácter “actual” de la amenaza<sup>146</sup>. El Tribunal responde que los tribunales nacionales deben tener en cuenta los hechos efectivamente acaecidos después de la decisión de expulsión, en la medida en que éstos pueden revelar “la desaparición o la considerable disminución de la amenaza actual”. Esto puede ocurrir si ha transcurrido un prolongado lapso de tiempo entre la fecha de adopción de la medida de expulsión y el momento de su examen<sup>147</sup>. Por ello, es preciso tener en cuenta todas las circunstancias, incluidos los hechos que se hayan producido después de la decisión de expulsión, que hayan podido reducir o eliminar sustancialmente el peligro que representa la persona para el orden público. Esta solución fue confirmada en el marco del recurso interpuesto por un ciudadano de nacionalidad

<sup>141</sup> Véase A.-L. Ducroquetz, tesis, op. cit., pág. 116.

<sup>142</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 29 de abril de 2004, *Georgios Orfanopoulos y otros y Raffaele Oliveri contra Land Baden-Württemberg*, asuntos acumulados C-482/01 et C-493/01, párr. 20, Rec. I- pág. 5295; conclusiones de la Abogada General Sra. C. Stix-Hackl, presentadas el 11 de septiembre de 2003, Rec. I, pág. 5262.

<sup>143</sup> *Ibid.*, párr. 64.

<sup>144</sup> *Ibid.*, párr. 66.

<sup>145</sup> *Ibid.*, párr. 67.

<sup>146</sup> Véanse las conclusiones de la Abogada General, Sra. C. Stix-Hackl, presentadas el 11 de septiembre de 2003.

<sup>147</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 29 de abril de 2004, *Georgios Orfanopoulos y otros y Raffaele Oliveri contra Land Baden-Württemberg*, op. cit., párr. 82.

turca contra las autoridades alemanas a propósito de un procedimiento de expulsión del territorio alemán<sup>148</sup>. El Tribunal de Justicia decidió, de conformidad con la Directiva 64/221, con su propia jurisprudencia y con las disposiciones del Acuerdo de Asociación concertado entre la Comunidad Económica Europea y Turquía<sup>149</sup> que, “los órganos jurisdiccionales nacionales deben tener en cuenta, al examinar la legalidad de una medida de expulsión ... los hechos posteriores a la última resolución de las autoridades competentes que puedan implicar la desaparición o la considerable disminución de la amenaza que constituiría, para el orden público, el comportamiento de la persona de que se trate”<sup>150</sup>.

115. En efecto, la necesidad de conciliar las medidas de orden público con el principio (fundamental en el derecho comunitario europeo) de la libre circulación de las personas había llevado al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a dictaminar que las autoridades nacionales no deberían valerse, en relación con ciudadanos comunitarios, de “justificaciones no vinculadas al caso individual”<sup>151</sup>. De ello se desprende que el interesado no puede ser expulsado a título ejemplar “con un propósito de disuasión respecto de otros extranjeros”, en el caso concreto para hacer respetar la legislación nacional relativa al porte de armas<sup>152</sup>, ni se le puede denegar el permiso de residencia aduciendo que su actividad constituiría apoyo reiterado al bandidaje, sin que se haya establecido una conexión con el entorno en ese caso concreto<sup>153</sup>. En el mismo orden de ideas, el Instituto de Derecho Internacional enunció en su resolución de 1892 relativa a las “normas internacionales sobre admisión y expulsión de extranjeros” que “la expulsión no debe dictarse en ningún caso en interés privado, para impedir la competencia legítima ni para evitar justas reivindicaciones o las acciones y los recursos que se presentan debidamente ante tribunales o autoridades competentes”<sup>154</sup>.

116. Aunque el razonamiento anterior se inscribe, en lo esencial, en el ordenamiento jurídico específico de la Comunidad Europea, a juicio del Relator Especial puede aplicarse a los casos de expulsión de extranjeros en el marco más amplio del derecho internacional.

117. Los tribunales internos también han conocido de casos de expulsión por motivos de orden público<sup>155</sup>. Sus criterios no se alejan de los que se desprenden de la jurisprudencia internacional y regional citada anteriormente.

<sup>148</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 11 de noviembre de 2004, *Inan Cetinkaya contra Land Baden-Württemberg*, asunto C-467/02, Rec. I, pág. 10924; conclusiones del Abogado General Sr. P. Léger, presentadas el 10 de junio de 2004, Rec. I, pág. 10898.

<sup>149</sup> Acuerdo de asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía, suscrito en Ankara el 12 de septiembre de 1963, concluido, aprobado y confirmado por la decisión 64/732/CEE del Consejo de fecha 23 de diciembre de 1963, *Diario Oficial*, 1964, núm. 217, pág. 3685.

<sup>150</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 11 de noviembre de 2004, *Cetinkaya*, loc. cit., párr. 47.

<sup>151</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 26 de febrero de 1975, *Bonsignore*, asunto 67/74, *Rec. 1975*, pág. 297, párrs. 5 y 6.

<sup>152</sup> *Ibid.*

<sup>153</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 18 de mayo de 1982, asuntos 115 y 116/81, *Adoui et Cornuaille*, *Rec. 1982*, pág. 1708.

<sup>154</sup> Instituto de Derecho Internacional, sesión de Ginebra, 1892, “Règles internationales sur l’admission et l’expulsion des étrangers” (Relatores: L.-J.-D. Féraud-Giroud y Ludwig von Bar), art. 14.

<sup>155</sup> Véase, por ejemplo, *Keledjian Garabed c. Le Procureur de la République*, Tribunal de Casación (Sala Penal), 17 de diciembre de 1937; *Maffei c. Le Ministre de la justice*, Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso), 12 de noviembre de 1980, *International Law Reports*, vol. 73,

118. Parece entonces que, en la apreciación o verificación de la validez de los motivos de orden público y de seguridad pública, las circunstancias de hecho, el carácter actual de la amenaza y el contexto específico en que se inscribe la conducta personal del individuo son factores decisivos. Esto se debe a que las excepciones de orden público y de seguridad pública, especialmente en el marco de las normas de derecho relativas a la expulsión, son motivos y no fines. La diferencia entre el fin y el motivo es la siguiente: “Mientras que el fin de un acto es posterior a este, su motivación lo antecede”<sup>156</sup>. El acto que se realiza con miras a alcanzar un fin persigue la realización de un objetivo, que puede ser de carácter general, en tanto que el acto que responde a un motivo solo puede realizarse si existe ese motivo. Así, el motivo de un acto administrativo es la situación de derecho o de hecho que lleva a la administración a adoptar esa medida. De los análisis anteriores se deduce que:

a) El Estado no dispone de facultades discrecionales absolutas en la aplicación del menoscabo o la amenaza de menoscabo el orden público o la seguridad pública; está obligado a respetar o a tener en cuenta ciertas consideraciones objetivas<sup>157</sup>;

b) La validez de la invocación de motivos de orden público o de seguridad pública depende de que se tengan en consideración ciertos criterios:

- Las circunstancias específicas y la situación de hecho que concurren o son constitutivas del menoscabo o la amenaza de menoscabo del orden público o la seguridad pública; se trata de un principio general de las normas de derecho relativas a la expulsión de extranjeros<sup>158</sup>;
- El comportamiento personal del interesado, que debe constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad;
- El justo equilibrio entre la protección del orden público y el interés de la persona.

### 3. Otros motivos de expulsión

119. Hay diversos motivos de expulsión que son invocados por los Estados o que están previstos por las legislaciones nacionales sin que sea manifiesto que son, en todos los casos, diferentes de los motivos de orden público y de seguridad pública.

---

E. Lauterpacht (director de la publicación), C. J. Greenwood, págs. 652 a 657; *In re Salom*, Consejo de Estado, 3 de abril de 1940, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1919-1942 (vol. suplementario), H. Lauterpacht (director de la publicación), causa núm. 105, págs. 198 y 199.

<sup>156</sup> Pauline de Fay, “Police municipale”, *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 126-20, 16 de mayo de 2007, pág. 26.

<sup>157</sup> Goodwin-Gill considera que “el orden público no puede ser un concepto determinado únicamente en función de criterios nacionales” (op. cit., pág. 154).

<sup>158</sup> Véase J.-A. Darut, *L’expulsion des étrangers. Principe général – Application en France*, tesis, derecho, Aix, 1902, según el cual “no es el hecho brutal del trastorno que ocasiona lo que impulsa al Estado a expulsar, sino las circunstancias” (pág. 64).

### a) Interés superior del Estado

120. En derecho internacional, el interés superior del Estado parece ser un factor pertinente para decidir la expulsión de un extranjero por razones de orden público, más que un motivo propiamente dicho.

121. Por otro lado, las leyes nacionales contemplan una serie de motivos para expulsar a un extranjero, que pueden agruparse bajo el concepto general del “interés superior del Estado”<sup>159</sup>. En particular, el Estado puede expulsar a un extranjero en el que vea un peligro o una amenaza para sus intereses nacionales<sup>160</sup> o públicos, sus intereses fundamentales<sup>161</sup>, sus intereses sustanciales<sup>162</sup>, su dignidad (incluida la de sus nacionales)<sup>163</sup>, la “utilidad”<sup>164</sup> o conveniencia nacional<sup>165</sup>, la necesidad social<sup>166</sup>, la política pública<sup>167</sup> o exterior<sup>168</sup>, los acuerdos internacionales en que es parte<sup>169</sup> o sus relaciones internacionales con otros Estados<sup>170</sup>, o bien un peligro en términos generales<sup>171</sup>.

122. El Estado puede basar expresamente una decisión tomada en este contexto, en su totalidad o en parte, en sus obligaciones derivadas de los acuerdos internacionales<sup>172</sup>, en sus relaciones diplomáticas<sup>173</sup> o en consideraciones relativas a las relaciones internacionales de otros Estados con los que haya concertado acuerdos especiales<sup>174</sup>. El Estado también puede tratar expresamente de mantener su neutralidad política cuando se trate de la expulsión de un extranjero por estas mismas razones<sup>175</sup>. Las razones basadas en el “interés superior del Estado” pueden alegarse también con respecto a un extranjero que sea miembro de una organización

<sup>159</sup> Véase “Informe preliminar sobre la expulsión de los extranjeros”, op. cit., primera parte, II.C.1 c). El examen de las legislaciones nacionales sobre este punto se ha tomado del documento titulado “Expulsión de extranjeros, Memorando de la Secretaría”, op. cit., párrs. 377 a 379.

<sup>160</sup> Australia, Ley de 1958, artículo 197AD; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 27 1) b) y 47 1) b); Brasil, Decreto de 1981, artículo 98 y Ley de 1980, artículos 1 a 3, 7, 56 2), 64 y 66; Canadá, Ley de 2001, artículos 34 2), 35 2) y 37 2); Chile, Decreto de 1975, artículos 2, 15 1), 63 2) y 65 1) y 3); China, Reglamento de 1986, artículo 7 6); Guatemala, Reglamento de 1999, artículo 97; Japón, Orden de 1951, artículos 5 14) y 24 4) o); Kenya, Ley de 1967, artículo 3 1) g); Nigeria, Ley de 1963, artículos 19 2), 35 1); Polonia, Ley núm. 1775 de 2003, artículos 21 1) y 6) y 88 1) y 5); Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 99 1) c); República de Corea, Ley de 1992, artículos 11 1) 3) y 8); y Suecia, Ley de 1989, artículo 4.7 2).

<sup>161</sup> Francia, Código, artículo L521-3.

<sup>162</sup> Alemania, Ley de 2004, artículo 55 1).

<sup>163</sup> Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 99 1) c).

<sup>164</sup> Chile, Decreto de 1975, artículos 64 y 66.

<sup>165</sup> Brasil, Ley de 1980, artículo 26, y Chile, Decreto de 1975, artículos 64 y 66.

<sup>166</sup> Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 38

<sup>167</sup> Lituania, Ley de 2004, artículos 7 5) y 126 1) y 3), y Polonia, Ley núm. 1775 de 2003, artículos 21 1) 6) y 88 1) 5).

<sup>168</sup> Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 212 a) 3) C).

<sup>169</sup> República Checa, Ley de 1999, artículo 9 1).

<sup>170</sup> Chile, Decreto de 1975, artículos 64 3) y 66; Finlandia, Ley de 2004, artículo 149, y Honduras, Ley de 2003, artículo 89 3).

<sup>171</sup> Finlandia, Ley de 2004, artículo 11 1) 5); Italia, Decreto Legislativo núm. 286 de 1998, artículos 4 6) y 8; Ley núm. 40 de 1998, artículo 4 6); y República Checa, Ley de 1999, artículo 9 1).

<sup>172</sup> España, Ley de 2000, art. 26 1); Italia, Decreto Legislativo núm. 286 de 1998, artículos 4 3) y 6) y 8, Ley núm. 40 de 1998, artículo 4 6).

<sup>173</sup> Guatemala, Decreto Ley de 1986, artículo 83, y Sudáfrica, Ley de 2002, artículo 29 1) b).

<sup>174</sup> Un ejemplo de acuerdo de este tipo es el Acuerdo de Schengen (véase Portugal, Decreto Ley de 1998, artículos 11, 25 1), 2) e)).

<sup>175</sup> Ecuador, Ley de 2004, artículo 3.

cuyas actividades puedan afectar a los intereses del Estado<sup>176</sup>. Además, el interés del Estado puede influir en las condiciones o las obligaciones impuestas al extranjero que entra en el territorio del Estado o reside en él<sup>177</sup>. El incumplimiento de las condiciones de entrada en el territorio de un Estado puede constituir por sí mismo un motivo de expulsión.

## b) Violación de la ley

123. Todo extranjero está sujeto a la ley nacional y a la jurisdicción del Estado en el que esté presente, con arreglo al principio de la competencia territorial del Estado<sup>178</sup>. El incumplimiento de la ley nacional de ese Estado puede ser un motivo válido para la expulsión, como se reconoce en la Unión Europea, en la práctica de los Estados<sup>179</sup> y en la doctrina<sup>180</sup>. En algunos casos, este motivo puede abarcar la actividad ilegal del extranjero en un Estado que no sea el Estado que expulsa<sup>181</sup>.

<sup>176</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 27 1) b) y 47 1) b).

<sup>177</sup> Australia, Ley de 1958, artículos 197AB y 197AG; Brasil, Ley de 1980, artículo 109; y Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 212 f); y República de Corea, Ley de 1992, artículo 22. Al extranjero se le puede exigir expresamente que no cause un perjuicio a los intereses del Estado cuando ejercite sus derechos y sus libertades (Belarús, Ley de 1993, artículo 3, y China, Ley de 1986, artículo 5).

<sup>178</sup> Como se ha señalado anteriormente, existen categorías especiales de extranjeros, como los diplomáticos, que gozan de privilegios e inmunidades especiales. Estos extranjeros no se consideran en la presente sección. “Al entrar en un Estado, el extranjero queda sujeto a su supremacía territorial, aunque sigue estando sujeto a la supremacía personal de su Estado de origen. Por consiguiente, y salvo que pertenezca a una de las categorías (como los diplomáticos) sometidas a normas especiales, está sujeto a la jurisdicción del Estado en que se encuentre, y es responsable ante él de todos los actos que cometa en su territorio ... Dado que los extranjeros están sujetos a la supremacía territorial del Estado local, éste puede aplicar sus leyes a los extranjeros que se encuentren en su territorio, y dichos extranjeros deben respetar y cumplir esas leyes”, Robert Jennings y A. Watts (eds.) *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), Londres, Langman, 1996, págs. 904 y 905 (se omiten las citas).

<sup>179</sup> “Los sistemas de derecho interno examinados revelan una coherencia quizás relativa en su elección de motivos para la expulsión. Por lo general, un extranjero puede ser deportado si reúne una o más de las condiciones siguientes: ... 4. Participación en actividades delictivas [...] La práctica del Estado acepta que la expulsión está justificada ... cuando se ha participado en actividades delictivas ...”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Migration Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, págs. 255 y 262. “Es muy frecuente que se ordene la deportación de un extranjero ... por causa de su comportamiento delictivo”, Richard Plender, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, págs. 468 y 482, nota 119 (en referencia a Dinamarca, Ley núm. 226 de extranjeros de 8 de junio de 1983, artículo 25 1); Noruega, Ley de extranjeros de 1956, artículo 13 1) d); Portugal, Decreto Ley 264-B181, artículo 42; Suecia, Ley de extranjeros (*Utlanningslag*) núm. 376 de 1980, Prop. 1979/80:96, artículo 40, y Turquía, Ley sobre la residencia y el viaje de los extranjeros, núm. 5683 de 15 de julio de 1980, artículo 22).

<sup>180</sup> “Es un hecho aceptado que la expulsión está justificada cuando tiene por causa actividades que incumplen la ley local; además, el contenido de dicha ley local es algo que depende exclusivamente del Estado que procede a la expulsión”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 206 (se omiten las citas). Véanse también *Regles internationales*, op. cit., artículo 28, párrs. 5 y 6.

<sup>181</sup> “En algunos países, como por ejemplo Bélgica y Luxemburgo, puede ordenarse la expulsión por delitos cometidos en el extranjero, pero es de suponer que sólo cuando se ha dictado sentencia”, Edwin M. Borchard, op. cit., pág. 52.



124. Se ha sostenido que la expulsión de un extranjero es una medida que se adopta para proteger los intereses del Estado, más que para sancionar al extranjero<sup>182</sup>. Si bien una actividad delictiva puede constituir un motivo válido para expulsar a un extranjero, su expulsión tiene que basarse en la necesidad de proteger los intereses del Estado, más que en la voluntad de castigarlo. No obstante, la expulsión o la deportación pueden ordenarse para sancionar un delito cometido por un extranjero con arreglo al derecho penal nacional (y no con arreglo al derecho relativo a la inmigración)<sup>183</sup>. Cabe observar que se aplican normas sustantivas y de procedimiento diferentes a la acción penal, por una parte, y a la expulsión, por la otra. La relación entre ambos procedimientos puede variar según la ley nacional del Estado.

125. En la Unión Europea, el recurso a la expulsión como sanción está sujeto a varias limitaciones<sup>184</sup>. Con arreglo al artículo 33 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, la expulsión no puede imponerse como sanción a ciudadanos de la Unión o a sus familiares, salvo que esa medida satisfaga los requisitos de otras disposiciones de la misma Directiva que permiten la expulsión por razones de política pública, seguridad pública o salud pública.

<sup>182</sup> “En última instancia la deportación no tiene por objeto sancionar a la persona, sino que se concibe principalmente como medio de liberar al país que la dispone de la presencia de una persona que se considera indeseable ...”, John Fischer Williams, “Denationalization”, *British Yearbook of International Law*, vol. 8, 1927, págs. 45 a 61, en especial págs. 58 y 59. “La expulsión es una medida destinada principalmente a proteger los intereses del Estado. En lo esencial no se toma para sancionar al extranjero, aunque evidentemente sus efectos pueden ser devastadores”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 257. “La expulsión, por lo menos en teoría, no es una sanción sino una medida administrativa consistente en una orden del Gobierno que impone a un extranjero la salida del país”, Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 945 (se omiten las citas). “La expulsión de un extranjero no es una sanción, sino un acto ejecutivo que comprende una orden en que se intima al extranjero a salir del Estado”, Shigeru Oda, “Legal Status of Aliens”, en Sørensen, Max (dir.), *Manual of Public International Law*, Nueva York, St. Martin’s Press, 1968, págs. 481 a 495, en especial pág. 482. “La expulsión no es una pena y debe ejecutarse con todas las precauciones posibles, teniendo en cuenta la situación particular de la persona”], *Regles internationales*, op. cit., artículo 17.

<sup>183</sup> “En particular, como un Estado tiene derecho a sancionar a un extranjero que comete una grave violación de sus leyes mientras se encuentra en su territorio, en algunos casos esta sanción puede incluir la expulsión o la deportación del extranjero que haya sido declarado culpable de un delito grave”, Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders, Studies in Transnational Legal Policy*, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 89. “Cabe señalar las características siguientes de la reciente evolución del ejercicio de la facultad de expulsión: se aplica como sanción accesoria contra el extranjero que ha cometido un delito grave ...”, Edwin M. Borchard, op. cit., pág. 55.

<sup>184</sup> Puede consultarse un análisis de las cuestiones relativas a la expulsión como doble sanción en el derecho nacional y en la práctica de los Estados miembros de la Unión Europea (Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania, Italia, Portugal y el Reino Unido) en *La double peine*, les Documents de travail du Sénat, France, série Législation comparée, Division des études de législation comparée du Service des Etudes Juridiques, No. LC 117, febrero de 2003.

“Artículo 33. Expulsión como pena o medida accesoria

1. El Estado miembro de acogida sólo podrá emitir una orden de expulsión del territorio como pena o medida accesoria a una pena de privación de libertad, cuando dicha orden cumpla los requisitos de los artículos 27<sup>185</sup>, 28<sup>186</sup> y 29<sup>187</sup>.

2. Cuando una orden de expulsión de las contempladas en el apartado 1 vaya a ejecutarse más de dos años después de haberse dictado, el Estado miembro deberá comprobar la actualidad y realidad de la amenaza para el orden público o la seguridad pública que representa el interesado y examinar cualquier cambio material de circunstancias que pudiera haberse producido desde el momento en que se emitió la orden de expulsión.”<sup>188</sup>

126. En la legislación de varios Estados, el incumplimiento de las leyes nacionales del Estado de acogida, incluidas las penales, es motivo de expulsión. Puede<sup>189</sup> o no<sup>190</sup> exigirse que el tribunal que ha dictado el fallo condenatorio pertenezca al Estado que procede a la expulsión. En cuanto a la norma penal sustantiva relativa a la gravedad de la infracción, la ley pertinente puede: 1) exigir expresamente que sea la del Estado que procede a la expulsión<sup>191</sup>; 2) indicar las normas específicas cuya violación sea motivo de expulsión<sup>192</sup>; 3) reconocer las violaciones de la ley de un

<sup>185</sup> Véase Memorando de la Secretaría, op. cit., parte VII.A.6 c).

<sup>186</sup> Este artículo dice lo siguiente:

“Protección contra la expulsión

1. Antes de tomar una decisión de expulsión del territorio por razones de orden público o seguridad pública, el Estado miembro de acogida deberá tener en cuenta, en particular, la duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en el Estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen.

2. El Estado miembro de acogida no podrá tomar una decisión de expulsión del territorio contra un ciudadano de la Unión Europea o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, que haya adquirido un derecho de residencia permanente en su territorio, excepto por motivos graves de orden público o seguridad pública.

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

a) Haya residido en el Estado miembro de acogida durante los 10 años anteriores, o

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

<sup>187</sup> Véase Memorando, op. cit., parte VII.A.6 g). Esta disposición detalla las enfermedades que pueden justificar la expulsión por motivos de salud pública.

<sup>188</sup> Corrección de la Directiva 2004/38/CE, ya citada.

<sup>189</sup> Argentina, Ley de 2004, artículos 29 f) a g) y 62 b); Australia, Ley de 1958, artículos 201 a) y 203 1) a); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 57 1) h), y Chile, Decreto de 1975, artículos 64 1) y 66.

<sup>190</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 29 c); Australia, Ley de 1958, artículo 201 a) c), y Canadá, Ley de 2001, artículo 36 1) a 3).

<sup>191</sup> Australia, Ley de 1958, artículo 250 1); Belarús, Ley de 1998, artículos 14 y 28, Ley de 1993, artículo 20 3); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 27 1) a) y 47 1) a); España, Ley de 2000, artículo 57 7) a 8); Japón, Orden de 1951, artículo 5 4), 8) y 9) - 2); Polonia, Ley núm. 1775 de 2003, artículo 88 1) 9), y República de Corea, Ley de 1992, artículos 11 1) 2) y 1) 8), 46 2), 67 1) y 89 1) 5).

<sup>192</sup> Alemania, Ley de 2004, artículo 53 2); Australia, Ley de 1958, artículo 203 1) c); y Dinamarca, Ley de 2003, artículo 22 iv) a vi).

Estado extranjero<sup>193</sup>, comparándolas a veces con la ley del Estado que procede a la expulsión<sup>194</sup>; o 4) sin especificar una norma penal particular, evaluar o clasificar la gravedad de la infracción en función de la ley del Estado que procede a la expulsión<sup>195</sup>.

127. Las leyes nacionales de algunos Estados no especifican el tipo de violación o procedimiento que pueden dar lugar a la expulsión por este motivo<sup>196</sup>. Las leyes de otros, en cambio, prevén la expulsión como sanción para determinadas conductas. Por ejemplo, si el extranjero ha contribuido a hacer entrar a otros extranjeros de manera clandestina o ilegal (dejando aparte los casos de tráfico de personas por razones morales), o si el extranjero pertenece a una organización dedicada a esta actividad<sup>197</sup>, la ley pertinente podrá: 1) considerar que esto es motivo suficiente para la expulsión<sup>198</sup>; 2) exigir que se haya dictado una condena penal para que pueda alegarse este motivo<sup>199</sup>; 3) establecer sanciones que acompañen a la expulsión<sup>200</sup>; o 4) imputar una responsabilidad jurídica al extranjero, sin imponerle expresamente la expulsión<sup>201</sup>. En los casos en que no se haya producido la entrada ilegal de personas, la legislación pertinente podrá especificar que la expulsión tendrá lugar cuando se ejecute la condena impuesta<sup>202</sup>. Este motivo de expulsión puede hacerse valer para todos los familiares del extranjero<sup>203</sup>.

<sup>193</sup> Colombia, Ley, artículo 89 7); Japón, Orden de 1951, artículo 5 4), y Kenya, Ley de 1967, artículo 3 1) d).

<sup>194</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 36 2) b) a c); España, Ley de 2000, artículo 57 2); y Federación de Rusia, Ley núm. 115-FZ de 2002, artículos 7 6) y 9 6), 18 9) 6), y Ley de 1996, artículos 26 3) y 27 3).

<sup>195</sup> Chile, Decreto de 1975, artículos 15 3), 16 1) y 65 1).

<sup>196</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 27 1) a) y 47 1) a), y Suiza, Ley Federal de 1931, artículo 10 4).

<sup>197</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 37 1) b).

<sup>198</sup> Alemania, Ley de 2004, artículos 53 3) y 54 2); Argentina, Ley de 2004, artículo 29 c); Brasil, Ley de 1980, artículos 124 XII) a XIII) y 127; Grecia, Ley de 2001, artículo 44 1) a); Hungría, Ley de 2001, artículo 32 1) c); Italia, Decreto Legislativo núm. 286 de 1998, artículos 4 3) y 8, y Paraguay, Ley de 1996, artículos 108 2) y 111. Un Estado puede eximir explícitamente de la expulsión por estos motivos a ciertas clases de personas, como los religiosos y los diplomáticos (Italia, Decreto Legislativo núm. 286 de 1998, artículos 4 3) y 8).

<sup>199</sup> Alemania, Ley Básica, artículos 53 3) y 54 2), y Grecia, Ley de 2001, artículo 44 1) a).

<sup>200</sup> Brasil, Ley de 1980, artículos 124 XII) a XIII) y 125-27, y Paraguay, Ley de 1996, artículos 108 2) y 111.

<sup>201</sup> Belarús, Ley de 1998, artículo 26.

<sup>202</sup> Chile, Decreto de 1975, artículos 69 y 87; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 276 c); Francia, Código, artículos L621-1, L624-2 y L624-3; Italia, Decreto Legislativo núm. 286 de 1998, artículo 16 4) y 8); y Paraguay, Ley de 1996, artículos 108 2) y 111.

<sup>203</sup> Brasil, Ley de 1980, artículo 26 2).

128. Cuando la legislación permite la expulsión del extranjero<sup>204</sup> después de la condena, puede ocurrir que se establezca un límite en cuanto a la gravedad de la sanción<sup>205</sup>. En tales casos, la expulsión podrá: 1) imponerse como sanción independiente o combinada<sup>206</sup>; 2) anular o sustituir una pena de privación de libertad o de otro tipo, o coincidir con la misma<sup>207</sup>; 3) ordenarse después de que el extranjero haya cumplido una pena de privación de libertad o de otro tipo<sup>208</sup>, o haya

<sup>204</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 64 a) y b); Australia, Ley de 1958, artículos 200 y 201 a) a c); Austria, Ley de 2005, artículo 3.54 2) 2); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 47 4) y 57 1) h); Canadá, Ley de 2001, artículo 36 1) a) a c); China, Disposiciones de 1992, artículos I i) y II i) y ii); Colombia, Ley, artículo 89 1); Dinamarca, Ley de 2003, artículo 22; España, Ley de 2000, artículo 57 1); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalización, artículo 101 a) 48) y a) 50) f) 7); Finlandia, Ley de 2004, artículo 149 2); Francia, Código, artículo L521-2; Grecia, Ley de 2001, artículo 44 1) a); Japón, Orden de 1951, artículos 5 4) y 24 4) g), i); Kenya, Ley de 1967, artículo 3 1) d); Noruega, Ley de 1988, artículo 29 b) a c); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 37 f); Paraguay, Ley de 1996, artículos 6, 7 3) y 81 5); Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 25 2) c); República de Corea, Ley de 1992, artículo 46 1) 11); Suecia, Ley de 1989, artículos 4.2 3) y 4.7; y Suiza, Código Penal, artículo 55 1). Esta norma puede incluir un requisito en el sentido de que el delito sea de un tipo o calidad determinados, como el blanqueo de dinero o un acto delictivo premeditado o intencional (Alemania, Ley de 2004, artículos 53 1) y 2) y 54 1); Argentina, Ley de 2004, artículos 29 c) y 62 b); Brasil, Decreto de 1981, artículo 101, Ley de 1980, artículo 67; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículos 212 a) 2), 237 a) 2) y 238 c); Hungría, Ley de 2001, artículo 32 1) e); Japón, Orden de 1951, artículos 5 9)-2, 24 4) f), 4)-2); Nigeria, Ley de 1963, artículo 18 1) c); y Polonia, Ley núm. 1775 de 2003, artículo 88 1) 9)).

<sup>205</sup> Alemania, Ley de 2004, artículos 53 1) y 2), 54 1) y 2); Argentina, Ley de 2004, artículos 29 c) y 62 b); Australia, Ley de 1958, artículo 201 a) a c); Austria, Ley de 2005, artículo 3.54 2) 2); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 47 4) y 57 1) h); Canadá, Ley de 2001, artículo 36 1) b) y c); Dinamarca, Ley de 2003, artículo 22; España, Ley de 2000, artículo 57 2) y 7); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 101 a) 50) f) 7); Finlandia, Ley de 2004, artículo 149 2); Francia, Código, artículo L521-2; Grecia, Ley de 2001, artículo 44 1) a); Hungría, Ley de 2001, artículo 32 1) e); Japón, Orden de 1951, artículos 5 4) y 24 4) g), i); Noruega, Ley de 1988, artículo 29 b) y c); Paraguay, Ley de 1996, artículos 6 4), 7 3) y 81 5); Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 25 2) c); Suecia, Ley de 1989, artículo 4.7; y Suiza, Código Penal, artículo 55 1). Cuando la expulsión vaya precedida de una sentencia dictada en el Estado que efectúa la expulsión, el criterio de la gravedad de la pena impuesta puede referirse al fallo del tribunal sentenciador (Australia, Ley de 1958, artículo 201 a) a c), y Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 57 1) h)). Cuando la sentencia haya sido dictada por un tribunal extranjero, la Ley pertinente podrá considerar la sentencia que habría aplicado a la violación el Estado que efectúa la expulsión (Argentina, Ley de 2004, artículos 29 c) y 62 b); Canadá, Ley de 2001, artículo 36 1) b) y c); España, Ley de 2000, artículo 57 2); Hungría, Ley de 2001, artículo 32 1) e); Noruega, Ley de 1988, artículo 29 b) y c); y Paraguay, Ley de 1996, artículo 7 3)).

<sup>206</sup> China, Ley de 1978, artículo 35, Disposiciones de 1998, artículo 336; Disposiciones de 1992, artículo 1 i); y República de Corea, Ley de 1992, artículo 46 1).

<sup>207</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 64 a) a c); España, Ley de 2000, artículos 53 y 57 1) y 7); Italia, Decreto Legislativo núm. 286 de 1998, artículo 16 1), 4), 8) y 9); Japón, Orden de 1951, artículos 62 3) a 5) y 63; República de Corea, Ley de 1992, artículo 85 2); y Suiza, Código Penal, artículo 55 2) a 4).

<sup>208</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 62 b); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 47 4); Chile, Decreto de 1975, artículo 57; China, Disposiciones de 1992, artículos II ii) y VI i), Disposiciones de 1998, artículo 336; España, Ley de 2000, artículo 57 8); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 238 a) 1); Francia, Código, artículo L541-1; Honduras, Ley de 2003, artículo 89 1); Japón, Orden de 1951, artículos 62 3) y 63 2); Paraguay, Ley de 1996, artículos 81 5) y 111; Polonia, Ley Núm. 1775 de 2003, artículo 8 1) 9); República de Corea, Ley de 1992, artículos 84 2), 85 1) a 2) y 86 2); Suiza, Código Penal, artículo 55 4).

sido liberado después de haber cumplido cualquier otra forma de detención que tenga que ver de hecho o en potencia con un proceso penal<sup>209</sup>; 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<sup>210</sup>.

129. Según la legislación nacional pertinente, esta clase de motivos también puede hacerse valer si el extranjero: 1) ha sido condenado o declarado culpable de otra violación<sup>211</sup>, ha sido imputado<sup>212</sup> o acusado de otra violación<sup>213</sup>, es objeto de una orden de búsqueda<sup>214</sup>, o procesado por otra violación<sup>215</sup>, o ha sido sorprendido en el acto de cometer otra violación<sup>216</sup>; 2) ha cometido<sup>217</sup> o se sospecha que ha cometido<sup>218</sup> una violación; 3) tiene antecedentes penales<sup>219</sup>; 4) ha cometido<sup>220</sup> o se dedica a cometer delitos<sup>221</sup>, participa en la comisión de delitos<sup>222</sup>, tiene el

<sup>209</sup> Australia, Ley de 1958, artículo 250 3) a 5), y Belarús, Ley de 1998, artículo 14.

<sup>210</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 47 4) y 57 1) g) y h), y Colombia, Ley, artículo 89 1).

<sup>211</sup> Australia, Ley de 1958, artículos 200 y 203 1); Brasil, Ley de 1980, artículo 66; Colombia, Ley, artículo 89 7); Honduras, Ley de 2003, artículo 89 1); Paraguay, Ley de 1996, artículo 6 5), y Sudáfrica, Ley de 2002, artículo 29 1) b). Esta norma puede incluir un requisito en el sentido de que el delito sea de un tipo o calidad determinados, como el blanqueo de dinero o un acto delictivo premeditado o intencional (Austria, Ley de 2005, artículo 3.54 2); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 57 1) g); Canadá, Ley de 2001, artículo 36 1) a) y b) y 2) a) y b); Chile, Decreto de 1975, artículos 15 3), 16 1), 63 1), 64 1), 65 1) y 2) y 66; España, Ley de 2000, artículo 57 2), 7) y 8); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 101 a) 5) f) 8); Federación de Rusia, Ley núm. 115-FZ de 2002, artículos 7 5), 9 5) y 18 9) 5); Francia, Código, artículos L.511-1 5) y L.541-1; Grecia, Ley de 2001, artículo 44 1) a); y Suiza, Ley Federal de 1931, artículo 10 1). La posibilidad de apelación o revisión puede afectar a la posibilidad de que la condena sirva de motivo para la expulsión (compárese con la Ley 2005 de Austria, artículo 3.54 2) 1), que permite efectuar la expulsión aunque el fallo no sea definitivo, y con la Ley 1963 de Nigeria, artículo 21 2), que no permite efectuar la deportación en cumplimiento de una recomendación de expulsión hasta que no se hayan agotado todos los recursos posibles contra la condena).

<sup>212</sup> Austria, Ley de 2005, artículo 3.54 2) 2), y Chile, Decreto de 1975, artículos 15 3), 16 1), 64 1), 65 1) y 66.

<sup>213</sup> Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 37 f).

<sup>214</sup> Sudáfrica, Ley de 2002, artículo 29 1) b).

<sup>215</sup> Brasil, Ley de 1980, artículo 66.

<sup>216</sup> Austria, Ley de 2005, artículo 3.54 2) 2), y Japón, Orden de 1951, artículo 5 4) 8).

<sup>217</sup> China, Ley de 1978, artículo 35; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 212 a) 2) A); y República de Corea, Ley de 1992, artículos 67 1) y 89 1) 5). La legislación pertinente puede incluir expresamente un acto cometido fuera del territorio del Estado (Belarús, Ley de 1998, artículo 28).

<sup>218</sup> Este acto puede estar tipificado expresamente (Belarús, Ley de 1998, artículo 14; Portugal, Decreto Ley de 1998, Artículo Ley 25 2) d); y República de Corea, Ley de 1992, artículo 11 1) 2) y 1) 8)), o no estarlo (Australia, Ley de 1958, artículo 250 1), y Belarús, Ley de 1993, artículo 20 3)).

<sup>219</sup> Alemania, Ley de 2004, artículo 53 1); Argentina, Ley de 2004, artículo 29 c); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 212 a) 2) B); Federación de Rusia, Ley núm. 115-FZ de 2002, artículos 7 6), 9 6) y 18 9) 6), Ley de 1996, artículos 26 3) y 27 3); y Paraguay, Ley de 1996, artículo 6 5).

<sup>220</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 62 b).

<sup>221</sup> Chile, Decreto de 1975, artículos 15 2), 17, 63 2) y 65 1), 3).

<sup>222</sup> Honduras, Ley de 2003, artículo 89 2); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 37 b); y Suecia, Ley de 1989, artículo 3.4 2).

propósito<sup>223</sup> de hacerlo o está predispuesto a ello<sup>224</sup>; 5) ha sido expulsado del Estado o de otro Estado en cumplimiento de determinadas normas penales<sup>225</sup>; o 6) es miembro de una organización que se dedica presuntamente actividades delictivas<sup>226</sup>.

130. La expulsión de un extranjero por este motivo puede depender: 1) de que el extranjero sea ciudadano<sup>227</sup> en el momento de cometer el acto, haya sido autorizado a permanecer o residir en el territorio del Estado<sup>228</sup>, haya sido indultado o se haya anulado la sentencia pertinente<sup>229</sup>, o haya sido rehabilitado<sup>230</sup>; 2) del tiempo que llevaba residiendo en el territorio del Estado en el momento que cometió el acto<sup>231</sup>; 3) de que la ley del Estado que procede a la expulsión prevea un trato especial para las personas de la nacionalidad del extranjero<sup>232</sup>; 4) de que el Estado del extranjero mantenga una relación especial con el Estado que procede a la expulsión<sup>233</sup>; o 5) del medio por el que el extranjero llegó al país, o de su localización en la fecha de autos<sup>234</sup>.

131. La legislación nacional puede declarar de modo expreso que el momento en que se pronunció la condena del extranjero es indiferente a los efectos de la fecha de entrada en vigor de la ley<sup>235</sup>, y puede<sup>236</sup> o no<sup>237</sup> considerar que el hecho de que el extranjero entrara al país con la ayuda de una persona u organización dedicada a una actividad ilegal es motivo de inadmisibilidad.

<sup>223</sup> Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 25 2) e), y Suecia, Ley de 1989, artículos 4.2 3), 4.7 y 4.11.

<sup>224</sup> Paraguay, Ley de 1996, artículo 6 7).

<sup>225</sup> Japón, Orden de 1951, artículo 5 5)-2).

<sup>226</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 57 1) g); Canadá, Ley de 2001, artículo 37 1) y 2), y Sudáfrica, Ley de 2002, artículo 29 1) e).

<sup>227</sup> Australia, Ley de 1958, artículos 201 a) y b), 203 1) a) y b), 7), 204 1) y 2) y 250 1) a 3), y Brasil, Ley de 1980, artículos 74, 75 y 76 I).

<sup>228</sup> Australia, Ley de 1958, artículos 201 b) y 204; Austria, Ley de 2005, artículo 3.54 2); Dinamarca, Ley de 2003, artículo 22; España, Ley de 2000, artículo 57 5) y 7); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 238 b); Japón, Orden de 1951, artículos 5 9)-2 y 24 4)-2; Paraguay, Ley de 1996, artículo 6 4) y 5); y Suecia, Ley de 1989, artículo 4.2 3).

<sup>229</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 36 3) b).

<sup>230</sup> *Ibid.*, artículo 36 3) c).

<sup>231</sup> Australia, Ley de 1958, artículo 201 b); Austria, Ley de 2005, artículo 3.54 2) 2); Dinamarca, Ley de 2003, artículo 22; Paraguay, Ley de 1996, artículo 81 5), y Suecia, Ley de 1989, artículo 4.2 3). El período de encarcelamiento del extranjero puede afectar al cálculo de este período (Australia, Ley de 1958, artículo 204).

<sup>232</sup> Australia, Ley de 1958, artículo 201 b) ii).

<sup>233</sup> Sudáfrica, Ley de 2002, artículo 29 1) b).

<sup>234</sup> Australia, Ley de 1958, artículo 250 1).

<sup>235</sup> *Ibid.*, artículos 201 a) y 203 1) a).

<sup>236</sup> *Ibid.*, artículo 250 1) a).

<sup>237</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 37 2) b).

132. Numerosas causas juzgadas en tribunales nacionales tienen que ver con la expulsión de extranjeros convictos de haber cometido delitos<sup>238</sup> graves<sup>239</sup>.

133. Así pues, podría decirse que la práctica de los Estados reconoce la validez de la expulsión por la comisión de una infracción penal. No obstante, quizá fuera conveniente examinar las prácticas que no tratan ese motivo de la misma manera, desde las siguientes perspectivas: 1) la gravedad de la infracción de la legislación nacional; 2) la clase de conducta ilícita en lo que respecta a la planificación, la preparación, la incitación y la conspiración para cometer la infracción<sup>240</sup>; 3) el criterio probatorio de esta conducta delictiva, que va desde la simple sospecha a la condena definitiva<sup>241</sup>; 4) el derecho que tiene el extranjero a rechazar las alegaciones

<sup>238</sup> En 1933 se pidió al Tribunal Supremo del Canadá que determinase si una persona que había cumplido enteramente su pena de prisión o se había beneficiado de un indulto (perrogativa real de gracia) podía ser declarada proscrita o indeseable y expulsada sobre la base de dicha declaración. El Tribunal sostuvo que el cumplimiento de una sanción por la comisión de un acto criminal no excluía la posibilidad de la deportación de la persona en un procedimiento administrativo ulterior. *In the Matter of a Reference as to the Effect of the Exercise by His Excellency the Governor General of the Royal Prerogative of Mercy upon Deportation Proceedings*, demanda ante el Tribunal Supremo del Canadá, 15 y 29 de marzo de 1933, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1933 y 1934, H. Lauterpacht (ed.), causa núm. 135, págs. 328 a 330. Véase también la sentencia núm. 58 del Tribunal Constitucional de Italia, 1995 (que declara inconstitucional una disposición para expulsar a extranjeros que hayan cumplido una pena de prisión resultante de una condena penal, cuando no se ha determinado su constante peligrosidad) y la sentencia núm. 62, de 24 de febrero de 1994 (en que se confirma la constitucionalidad de la suspensión de una pena a menos de tres años de cárcel y se expulsa en cambio al extranjero condenado).

<sup>239</sup> *Ceskovic v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, Tribunal Federal, Sala General, 13 de noviembre de 1979, *International Law Reports*, vol. 73, E. Lauterpacht (ed.), C.J. Greenwood, págs. 627 a 634 (condenado por delitos de violencia, incluido un disparo intencional con ánimo de causar daños corporales graves); *Deportation to U. Case*, República Federal de Alemania, Tribunal Administrativo Superior (Oberverwaltungsgericht) de Renania-Palatinado, República Federal de Alemania, 16 de mayo de 1972, *International Law Reports*, vol. 73, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 613 a 617 (condena por homicidio); *Urban v. Minister of the Interior*, Tribunal Supremo de Sudáfrica, Distrito Provincial de El Cabo, 30 de abril de 1953, *International Law Reports*, 1953, H. Lauterpacht (ed.), págs. 340 a 342; *Homeless Alien (Germany) Case*, nota 702 *supra*, págs. 507 y 508 (“Un nacional de un país extranjero que haya sido declarado culpable de un delito es expulsado, por regla general, a su Estado de origen”). En la causa *Leocal v. Ascroft*, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos determinó que los delitos de conducción en estado de ebriedad similares al cometido en Florida, que no tengan un componente *mens rea* y requieran solamente una manifestación de negligencia en el manejo del vehículo, no pueden considerarse “delito de violencia” con arreglo al derecho en materia de deportación (*Leocal v. Ashcroft, Attorney General, et al.*, Tribunal de Apelación de los Estados Unidos, decimoprimer circuito, 9 de noviembre de 2004, núm. 03-5830). En algunos casos, los tribunales nacionales han considerado que una condena por un delito grave cometido fuera del Estado territorial es razón suficiente para mantener una expulsión, por consideraciones de orden público.

<sup>240</sup> “El Estado puede expulsar de su territorio a cualquier persona que cometa actos prohibidos por sus leyes, o que pueda considerarse justamente un violador en potencia de, o proclame su oposición a, dichas leyes, independientemente de la opinión que tenga su propio Estado acerca de su conducta efectiva o prevista”. Charles Cheney Hyde, *International Law; Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, vol. 1, 2ª ed. rev., Boston, Little Brown and Company, 1947, pág. 234 (se omite la cita).

<sup>241</sup> “La causa más frecuente de expulsión es quizás la condena por un delito. Todos los países se reservan este derecho, aunque de ordinario sólo se recurre a él en casos flagrantes, cuando la presencia del extranjero puede poner en peligro la seguridad pública. Cuando la necesidad pública es de magnitud suficiente, y especialmente cuando el delito es de carácter político,

de conducta delictiva presentadas contra él<sup>242</sup>; 5) la necesidad de distinguir el procedimiento de instrucción de la infracción y el procedimiento de expulsión<sup>243</sup>.

**c) Condena a una pena de prisión**

134. Entre esos diversos motivos, con frecuencia se ha invocado la comisión de un delito por el extranjero o su condena a una pena de privación de la libertad; ese motivo figura en la legislación de muchos Estados. Además, ese motivo de expulsión data de muy antiguo. Las obras de los autores de fin del siglo XIX y principios del siglo XX no dejan ninguna duda a este respecto. Según Martini, por ejemplo, “no hay ninguna duda de que los extranjeros condenados por la justicia pueden poner en peligro la seguridad pública y que, por lo tanto, la condena judicial constituye una causa esencial de expulsión. Basta con echar una mirada a las decisiones adoptadas respecto de individuos enjuiciados por infringir órdenes emitidas respecto de ellos: casi siempre, esos extranjeros fueron expulsados tras sentencias condenatorias dictadas contra ellos”<sup>244</sup>. Más aún, los extranjeros condenados aun en el fuero correccional eran objeto de una orden de expulsión; por lo tanto, los extranjeros podían ser expulsados tras la primera condena, incluso si habían sido condenados de manera condicional<sup>245</sup>, a menos que se tratara de condenas mínimas y por delitos de poca monta, o cuya naturaleza no constituyera un peligro para el orden público<sup>246</sup>.

135. Hoy en día la práctica se ha flexibilizado en la mayoría de los Estados, sin duda bajo la influencia del desarrollo de los derechos humanos, de modo que si la condena de un extranjero sigue siendo un motivo general de expulsión, se ha mantenido solo para los casos en que se trata de una condena a pena privativa de libertad por infracciones cuya gravedad puede variar de uno Estado a otro.

136. Un estudio comparado de la legislación muestra que ese motivo existe sobre todo en las legislaciones alemana, belga, británica, danesa, francesa, italiana y portuguesa. En efecto, en Alemania<sup>247</sup>, Bélgica<sup>248</sup>, Dinamarca<sup>249</sup>, Italia<sup>250</sup>,

---

la expulsión puede producirse por orden ejecutiva, sin necesidad de una sentencia judicial”, Edwin M. Borchard, op. cit., pág. 52. “Las facultades de expulsión o deportación pueden ejercerse si la conducta o las actividades del extranjero admitido en el Estado violan ciertas normas básicas. Esta conducta o actividades son las siguientes: ... 2. Condena por un delito de carácter grave ...”, Louis B. Sohn y T. Buergethal (eds.), op. cit., págs. 90 y 91.

<sup>242</sup> “Para reducir al mínimo el uso cruel y arbitrario del poder, numerosos tratados entre Estados disponen ... que la persona expulsada tendrá la oportunidad de exculparse de las acusaciones en su contra ...” Edwin M. Borchard, op. cit., pág. 56.

<sup>243</sup> “Se ha sostenido que no es posible ejercer a un mismo tiempo el derecho al enjuiciamiento penal y el derecho a deportar o expulsar. Los procedimientos han de ser sucesivos”, *ibid.*, pág. 52 (en referencia a *U.S. v. Lavoie*, 182 Rep. Fed. 943, y en referencia también al caso de Mgr. Montagnini en Francia, 14 *Revue Générale de droit international public* (1907), 175; J. Challamel en *Journal des Debats*, 12 de marzo de 1907, reimpresso en 34 *Clunet* (1907), págs. 331 a 334).

<sup>244</sup> Martini, A., op. cit. pág. 55.

<sup>245</sup> *Ibid.*, págs. 55 y 56.

<sup>246</sup> Circular del Ministerio del Interior de Francia, de fecha 20 de julio de 1983, citada por A. Martini, op. cit. nota núm. 1, págs. 55 y 56.

<sup>247</sup> Véase la Ley de 1990 relativa a los extranjeros, en particular los artículos 45 a 48.

<sup>248</sup> Véase la Ley de 15 de diciembre de 1980 relativa al acceso al territorio, la estancia en él, la residencia y la expulsión de extranjeros, en particular los artículos 20 a 26.

<sup>249</sup> Véase la Ley de 17 de julio de 2002 relativa a los extranjeros, en particular el capítulo IV.

<sup>250</sup> Véase el Decreto Legislativo núm. 286, de 25 de julio de 1998, relativo a la expulsión de los extranjeros, modificado por la Ley de 30 de julio de 2002.



Portugal<sup>251</sup> y el Reino Unido<sup>252</sup>, cierto tipo de condenas penales pueden ser motivo para una decisión de expulsión. El fundamento de la decisión de expulsar puede ser la existencia de una condena a pena privativa de libertad, la duración de dicha pena o la condena por un delito determinado. En Francia, los extranjeros que cometen un delito en el territorio nacional se exponen no sólo a las penas previstas en la ley para ese tipo de delitos, sino también a ser devueltos a sus países de origen. Cabe destacar que esos extranjeros son personas mayores de edad que disponen de un permiso de residencia legal.

137. En general, parece que el principio de la doble sanción, a saber, la condena a una pena privativa de libertad junto con una decisión judicial o administrativa de expulsión, se admite en los países estudiados<sup>253</sup>, con excepción de Bélgica. Además, en Alemania y en Bélgica, los antecedentes judiciales de un extranjero pueden dar lugar a una medida de expulsión basada en la amenaza al orden público<sup>254</sup>. La decisión de aplicar la doble sanción se deja, en general, al arbitrio de la autoridad competente. No obstante, la ley alemana define las infracciones que entrañan la expulsión obligatoria. Las leyes italianas y portuguesas excluyen, por su parte, la doble sanción para los extranjeros que pertenecen a categorías protegidas<sup>255</sup>, que solo pueden ser expulsados por motivo de amenaza al orden público. Ese criterio de menoscabo o de “menoscabo grave” del orden público se aplica también en Bélgica<sup>256</sup>,

<sup>251</sup> Véase el Decreto-Ley núm. 244, de 8 de agosto de 1998, relativo al régimen jurídico de los extranjeros.

<sup>252</sup> Véase la Ley de 1971 de inmigración, especialmente los artículos 3, 5, 6 y 7, y el capítulo 13.

<sup>253</sup> Véase *Les documents de travail du Sénat (français). Série Législation comparée. La double peine* núm. LC 117, febrero de 2003, Service des Etudes juridiques. Division des Etudes de législation comparée, 11 de febrero de 2003, publicado en el sitio web : <http://www.parlement.ch/i/suche/pagine/geschaefte.aspx?geshid=19973467>, pág. 20. Publicado también en el sitio web del Senado: <http://www.senat.fr/europe>.

<sup>254</sup> Ibid.

<sup>255</sup> Según la legislación alemana, la protección depende principalmente de la naturaleza del permiso de residencia que tiene el extranjero. La protección no impide la expulsión, pero limita la aplicación de las disposiciones sobre expulsión de extranjeros a los casos en que éstos constituyan una amenaza grave para la seguridad pública y, en particular, a los casos previstos en el párrafo 1 del artículo 47. Con respecto a los artículos 47 y 48, los extranjeros protegidos son:

- Los titulares de un permiso de estancia ilimitado e incondicional;
- Los titulares de un permiso de estancia de duración ilimitada y que han nacido en Alemania o han llegado al país mientras eran menores de edad;
- Los titulares de un permiso de estancia de duración ilimitada y que están casados (o son pareja de hecho) con un extranjero perteneciente a una de las dos categorías anteriores;
- Los beneficiarios del derecho de asilo o los que han obtenido el estatuto de refugiado;
- Los titulares de un permiso de estancia particular concedido por razones humanitarias urgentes. Además, los extranjeros que viven en el seno de un hogar integrado por personas de nacionalidad alemana gozan de la misma protección.

<sup>256</sup> En Bélgica, están protegidas las siguientes categorías de personas:

- Los extranjeros que han residido en Bélgica sin solución de continuidad durante por lo menos 10 años;
- Los extranjeros que cumplen las condiciones para adquirir la nacionalidad belga, por opción o por declaración, o para recuperarla después de haberla perdido;
- Las mujeres que hubieran perdido la nacionalidad belga, por ejemplo después de su matrimonio;
- Los extranjeros afectados por una incapacidad para trabajar.

Una circular de julio de 2002 añade las siguientes categorías: los extranjeros que hubieran residido en Bélgica por lo menos veinte años; los nacidos en Bélgica o los que hubieran llegado al país antes de cumplir 12 años; y los jefes de familia condenados a una pena de menos de

Dinamarca<sup>257</sup>, Italia<sup>258</sup>, Portugal<sup>259</sup> y el Reino Unido<sup>260</sup>. Dicho de otra forma, las personas incluidas en esas categorías no pueden ser sometidas a doble sanción.

cinco años. Esos extranjeros solo pueden ser expulsados en casos excepcionales (pedofilia, tráfico de drogas importante, actividades de delincuencia organizada, etc.). Los otros elementos de protección determinados por la Comisión Consultiva especial creada por la Ley de 1980 y que emite un juicio sobre todas las solicitudes de expulsión son: el nivel de integración del interesado en el seno de la sociedad belga (empleo, actividades sociales, reputación, etc.), la naturaleza de sus vínculos con su país de origen y la probabilidad de reincidencia.

<sup>257</sup> En Dinamarca, ninguna categoría de extranjeros está protegida a priori. La falta de una disposición de ese tipo constituye la contrapartida de la aplicación diferenciada de las decisiones judiciales de expulsión en función de la duración de la estancia del extranjero en el país. Por lo demás, el artículo 26 de la Ley enumera los elementos que se deben tener en cuenta antes de tomar una medida de expulsión.

- La integración en la sociedad danesa (trabajo, formación, dominio del idioma, participación en la vida de la comunidad, etc.);
- La edad que tenía el interesado cuando llegó a Dinamarca;
- La duración de su estancia en Dinamarca;
- La edad, el estado de salud y otras características personales del extranjero;
- Sus vínculos con residentes de Dinamarca;
- Sus vínculos con su país de origen;
- Los riesgos a que se expondría si regresara a su país de origen o fuera a cualquier otro país.

La ley dispone, además, que esos factores personales no se tendrán en cuenta si la expulsión está motivada en una condena por una infracción de la legislación sobre drogas o por una de las infracciones del Código penal, que enumera, a menos que el extranjero no tenga vínculos particularmente estrechos con la sociedad danesa.

<sup>258</sup> Según el artículo 19 del Decreto Legislativo italiano de 1998 relativo a la reglamentación de la inmigración, no se podrá tomar ninguna decisión judicial de expulsión contra un extranjero perteneciente a una de las categorías siguientes:

- Menores de 18 años de edad;
- Titulares de una tarjeta de residencia;
- Personas que viven con familiares de nacionalidad italiana de hasta el cuarto grado;
- Cónyuges de ciudadanos italianos;
- Mujeres embarazadas o que han dado a luz en los últimos seis meses. En efecto, esos extranjeros solo pueden ser objeto de una decisión administrativa de expulsión en función de la amenaza que representen para el orden público y la seguridad del Estado.

<sup>259</sup> En Portugal, la expulsión, como pena complementaria, no se aplica a los extranjeros que pertenecen a una de las siguientes categorías:

- Los nacidos en Portugal y que residen en el país habitualmente;
- Los padres de niños menores de edad que residen en Portugal, en la medida en que se hagan cargo de su educación;
- Los que tienen su domicilio en Portugal después de los 10 años de edad.

Esa disposición no existía antes de la adopción del texto de 2001, pero estaba explícitamente prevista en la Ley de delegación aprobada por la Asamblea de la República en septiembre de 2000. El Parlamento había autorizado al Gobierno a modificar el Decreto Ley de 1998 a condición de que excluyera a esas tres categorías de extranjeros de la aplicación de la pena complementaria.

<sup>260</sup> En el Reino Unido, la Ley de 1971 excluye la expulsión consecutiva a una infracción penal para las personas que eran ciudadanas del Commonwealth y residían en el Reino Unido el 1 de enero de 1973, en la medida en que residieran en el país en forma continua por lo menos durante cinco años después de su condena.

En cuanto a la expulsión de los delincuentes, las normas de inmigración obligan a tener en cuenta los siguientes elementos:

- La edad;
- La duración de la residencia en el Reino Unido;

138. En cualquier caso, la autoridad competente en materia de expulsión dispone de gran autonomía. Así, en Alemania, donde la medida de expulsión no es obligatoria, la administración debe tener en cuenta, en particular, la duración de la residencia del extranjero y las consecuencias de su expulsión antes de decidir la deportación del delincuente. Lo mismo sucede en Italia y en Portugal cuando el delincuente no pertenece a ninguna categoría protegida. Al mismo tiempo, en Bélgica, Dinamarca y el Reino Unido la legislación sobre los extranjeros especifica que no se puede tomar ninguna medida de expulsión sin tener en cuenta el grado de inserción del extranjero en la sociedad que lo ha acogido. En el Reino Unido hay un aspecto peculiar, en el sentido de que la medida de expulsión ordenada por el juez penal, pero que en última instancia es decidida por el Ministro del Interior, puede extenderse a los miembros de la familia, en la medida en que dependan financieramente del delincuente extranjero<sup>261</sup>.

139. Como se puede constatar, tanto las prácticas antiguas como las más recientes de numerosos Estados consideran que la condena a penas privativas de libertad es motivo de expulsión. La práctica antigua de ciertos Estados añadía varios otros motivos, algunos de los cuales no son admisibles actualmente en el derecho internacional. A decir verdad, la práctica parece ser, en general, bastante densa, con frecuentes variaciones de un país a otro, y el principio de la inclusión o no inclusión de un determinado motivo se basa de manera general en posiciones doctrinales más que en disposiciones convencionales o en una jurisprudencia internacional claramente establecida. Por consiguiente, en los párrafos que siguen se presentan los diversos motivos, antiguos o modernos, que invocan corrientemente los Estados y se examina en qué medida se conforman, son aceptables o están prohibidos en relación con el derecho internacional vigente.

140. El Instituto de Derecho Internacional indicó, en el artículo 28 de su resolución de 1892 ya citada, una lista de 10 motivos por los que se podía expulsar a extranjeros. Esa lista, que refleja tanto la práctica extraída de las legislaciones nacionales<sup>262</sup> como la doctrina dominante de la época, merece ser reproducida *in extenso*:

- 
- La intensidad de los vínculos con el Reino Unido;
  - Las características personales (conducta, empleo) y familiares;
  - Los antecedentes judiciales;
  - Motivos humanitarios;
  - Los testimonios en su favor.

Respecto de la expulsión de los miembros de la familia, las normas de inmigración recomiendan que se tengan en cuenta esos mismos elementos, así como la posibilidad de que los interesados puedan sobrevivir por sus propios medios y las consecuencias de la expulsión, sobre todo en cuanto a la escolaridad.

<sup>261</sup> Véase *Les documents de travail du Sénat (français)* ... op. cit., pág. 21.

<sup>262</sup> Cabe citar, especialmente: Francia (Código Penal y Ley de 3 de diciembre de 1849); Bélgica (Ley de 9 de febrero de 1885; Ley de 27 de noviembre de 1891; Ley de 12 de febrero de 1897); España (Decreto Real de 17 de noviembre de 1852, Ordenanza Real de 26 de junio de 1858); Gran Bretaña (Ley de extranjeros de 11 de agosto de 1905); Grecia (Código Penal de 24 de junio de 1885); Italia (Código Penal de 1859, Ley de 22 de diciembre de 1888, Decreto de 30 de junio de 1889 y Reglamento, Decreto Real núm. 1848, de 6 de noviembre de 1926, por el que se aprueba el texto único de las leyes de seguridad pública (Título V: de la residencia y expulsión de extranjeros)); Luxemburgo (Ley de 30 de diciembre de 1893); Países Bajos (Ley de 13 de agosto de 1849); Portugal (Ley de 20 de julio de 1912 y Decreto de 1 de julio de 1927); Rumania (Ley de 7 de abril de 1881, reglamento de 2 de agosto de 1990); Suiza (Ordenanza de

“Podrán ser expulsados:

1. Los extranjeros que hayan entrado en el territorio de manera fraudulenta, en violación de las disposiciones sobre admisión de extranjeros; no obstante, si no existiera ningún otro motivo de expulsión, una vez que hayan pasado seis meses en el país, no podrán ser expulsados;
2. Los extranjeros que hayan establecido su domicilio o residencia en un territorio en violación de una prohibición formal;
3. Los extranjeros que, en el momento de cruzar la frontera, sufrieran una enfermedad que constituyera una amenaza para la salud pública;
4. Los extranjeros que se dediquen a la mendicidad o a vagar, o los que dependan de la asistencia pública;
5. Los extranjeros condenados por los tribunales del país por infracciones de cierta gravedad;
6. Los extranjeros que hayan sido condenados o procesados en el extranjero por delitos graves que, con arreglo a la legislación del país o a los acuerdos de extradición celebrados por ese Estado con otros Estados, pudieran dar lugar a su extradición;
7. Los extranjeros culpables de incitar a la comisión de delitos graves contra la seguridad pública, aunque dicha incitación no sea en sí misma punible con arreglo a la legislación del territorio y aunque exista la intención de cometer dichos delitos únicamente en el extranjero;
8. Los extranjeros que, en el territorio del Estado, sean culpables o sospechosos con razones fundadas de atacar, mediante la prensa o cualquier otro medio, a un Estado extranjero o a la soberanía o las instituciones de un Estado extranjero, siempre que dichos actos, si se cometieran en el extranjero por nacionales y fueran dirigidos contra el propio Estado, sean punibles con arreglo a la ley del Estado que expulsa;
9. Los extranjeros que, durante su estancia en el territorio del Estado sean declarados culpables de agresiones o insultos publicados en la prensa extranjera contra el Estado, la nación o los órganos soberanos;
10. Los extranjeros que, en tiempos de guerra o cuando ésta sea inminente, pongan en peligro la seguridad del Estado con su comportamiento.”

141. La mayor parte de esos motivos están comprendidos en el orden público o la seguridad pública o se los puede vincular a ellos: en algunos casos esa vinculación es clara, como en los casos de condenas por delitos de cierta gravedad, y en otros más incidental, incluso implícita, como los casos de mendicidad, vagabundeo, perversión o vida disipada.

142. La dificultad reside, en cambio, en la imprecisión terminológica de ciertas legislaciones nacionales, que a veces añaden a los motivos de orden público y seguridad pública el de “tranquilidad pública”, sin que se la pueda distinguir

---

17 de noviembre de 1919); Estados Unidos de América (Leyes de 20 de febrero de 1907, 16 de octubre de 1918, 10 de mayo y 5 de junio de 1920); Cuba (Ley de 19 de febrero de 1919); Costa Rica (Ley de 18 de julio de 1894); Brasil (Ley de 7 de enero de 1908); Venezuela (Ley de 25 de julio de 1925): citada por Ch. De Boeck, op. cit, págs. 480 y 481.

verdaderamente y con seguridad del motivo de orden público. Por otro lado, la distinción entre orden público y seguridad pública, por una parte, y salud pública, por la otra, parece más clara. En general, las legislaciones nacionales presentan una serie de otros motivos más o menos autónomos sobre los cuales conviene hacer una presentación de conjunto sin prejuzgar la respuesta a la pregunta de si están comprendidos o no en los motivos de orden público o de seguridad pública.

**d) Incumplimiento de las formalidades administrativas**

143. Ciertos Estados sostienen que el incumplimiento de las formalidades administrativas de renovación del permiso de residencia o cualquier otro documento de identidad es una causa de expulsión de extranjeros con residencia legal en su territorio. Si bien el derecho internacional general no dispone de normas a este respecto y deja la determinación de esa formalidad a los Estados, no ocurre lo mismo en el marco comunitario, que consagra el derecho a la libre circulación de los nacionales de los Estados miembros en el espacio comunitario. En efecto, “así como la condena penal no puede en sí misma constituir una amenaza al orden público y, por consiguiente, ser motivo automático de una medida de deportación, el incumplimiento de las formalidades administrativas no puede, como tal, constituir una perturbación del orden o la seguridad públicos suficiente para justificar la deportación”<sup>263</sup>. El derecho comunitario europeo se orienta en ese sentido. El párrafo 3 del artículo 3 de la Directiva 64/221 dispone que “la caducidad del documento de identidad utilizado por la persona interesada para entrar en el país de acogida y obtener un permiso de estancia no justificará la expulsión del territorio”<sup>264</sup>. Esa regla parecería desprenderse implícitamente de las disposiciones del párrafo precedente de la Directiva<sup>265</sup> y de su explicación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Su aplicación ha suscitado algunos problemas de interpretación y, en consecuencia, requiere precisiones.

144. La Directiva de 1964 fue esencial en el asunto *Royer* de 1976<sup>266</sup>. El Sr. Royer, nacional francés, residía en Bélgica con su esposa, que explotaba un café en ese país. Al no haber cumplido las formalidades administrativas necesarias para su residencia, las autoridades belgas competentes le ordenaron que saliera del territorio. Al pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre esta cuestión, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas decidió que el derecho de los nacionales de un Estado miembro de entrar en el territorio de otro Estado miembro y permanecer en él es “un derecho adquirido en virtud del Tratado”<sup>267</sup>. Seguidamente, y sobre la base de las Directivas 68/360 y 64/221, el Tribunal dedujo que la simple

<sup>263</sup> V. A.-L. Ducroquetz, op. cit., 119. Las conclusiones del apartado d) se basan en los trabajos de ese autor (págs. 119 a 123).

<sup>264</sup> Directiva 64/221/CEE, del Consejo de la Comunidad Económica Europea, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública (Diario Oficial núm. 56, de 4 de abril de 1964, pág. 850).

<sup>265</sup> Cabe recordar que el párrafo 2 del artículo 3 de la Directiva 64/221/CEE del Consejo de la Comunidad Económica Europea, de 25 de febrero de 1964, dispone que “La mera existencia de condenas penales no constituye por sí sola motivo para la adopción de dichas medidas [de orden público o de seguridad pública]”.

<sup>266</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 8 de abril de 1976, *Jean-Noël Royer*, asunto C-48/75, Rec. pág. 497; Conclusiones del Abogado General H. Mayras, presentadas el 10 de marzo de 1976, Rec. pág. 521.

<sup>267</sup> *Ibid.*, párr. 39.

omisión por el nacional de la Comunidad de las formalidades legales sobre acceso, desplazamiento y residencia de los extranjeros “no justificaría ... por sí sola, una medida de expulsión ni la detención preventiva con miras a adoptar una medida de ese tipo”<sup>268</sup>. De esa jurisprudencia se desprende que “la expiración del pasaporte utilizado para entrar en el territorio nacional” de un Estado miembro distinto del propio o la falta de un permiso de residencia no pueden justificar una orden de expulsión al amparo de esas Directivas<sup>269</sup>. Asimismo, el incumplimiento de las formalidades administrativas de declaración y registro prescritas por la reglamentación nacional no pueden dar lugar a una expulsión<sup>270</sup>. Respecto de las personas protegidas por el derecho comunitario, ello sería incompatible con las disposiciones del tratado, habida cuenta de que constituye la negación misma del derecho a la libre circulación que confieren y garantizan el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, en los artículos 39 a 55, y los actos adoptados para su aplicación<sup>271</sup>.

145. En el asunto *Royer*, el Tribunal insiste en aclarar que un comportamiento de ese tipo no puede constituir, por sí solo, un menoscabo del orden público o la seguridad pública. Declara, en efecto, que la reserva relativa al orden público y a la seguridad pública no constituye “una condición previa impuesta a la adquisición del derecho de entrada y residencia” sino que permite imponer “restricciones al ejercicio de un derecho directamente derivado del Tratado”<sup>272</sup>. El Tribunal añade a continuación que los Estados miembros pueden “expulsar de su territorio al nacional de otro Estado miembro cuando entran en juego necesidades de orden y de seguridad por motivos distintos de la omisión de las formalidades sobre el control de los extranjeros”<sup>273</sup>. En otras palabras, el incumplimiento de la legislación relativa a las modalidades de entrada y residencia “no puede, como tal, constituir una amenaza al orden o la seguridad públicos”<sup>274</sup>. Por lo tanto, toda decisión de expulsar a un nacional de otro Estado miembro basada exclusivamente en una violación de ese tipo es contraria al derecho comunitario.

<sup>268</sup> *Ibid.*, párr. 51.

<sup>269</sup> V. G. Karydis, “L’ordre public dans l’ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable”, *Revue trimestrielle de droit européen*, pág. 6. En 1997, el Grupo de alto nivel sobre la libre circulación de las personas, presidido por la Sra. Simone Veil, aún debía insistir en que, a diferencia de lo que sucedía con frecuencia en los Estados miembros interesados, la no posesión de un permiso de residencia válido no debe entrañar jamás, por sí misma, una amenaza de expulsión: véase el informe y conclusiones de ese grupo de fecha 18 de marzo de 1997, anexo a la comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el seguimiento de las recomendaciones del Grupo de alto nivel sobre la libre circulación de las personas, de fecha 1 de julio de 1998, COM(1998) 403 final. Puede consultarse un resumen de ese informe en Agence Europe, Europe documents, núm. 2030, 9 de abril de 1997; véase también la nota de F. Gazin, Europe, mayo de 1997, núm. 5, com. núm. 133, pág. 9.

<sup>270</sup> Véase Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 7 de julio de 1976, *Lynne Watson y Alessandro Belmann*, asunto C- 118/75, Rec. pág. 1185; conclusiones del Abogado General A. Trabucchi, presentadas el 2 de junio de 1976, Rec. pág. 1201.

<sup>271</sup> *Ibid.*, en especial párr. 20.

<sup>272</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 8 de abril de 1976, *Royer*, párr. 29.

<sup>273</sup> *Ibid.*, párr. 41.

<sup>274</sup> G. Karydis, “L’ordre public dans l’ordre juridique communautaire ...”, op. cit., pág. 6.

146. La jurisprudencia comunitaria a este respecto está consagrada en la Directiva 2004/38<sup>275</sup>, y especialmente en el párrafo 2 de su artículo 15, que, al retomar la regla determinada en el párrafo 3 del artículo 3 de la Directiva 64/221, prevé que “la expiración del documento de identidad o del pasaporte con el que el interesado entró en el territorio del Estado miembro de acogida y en base al cual se expidió un certificado de registro o una tarjeta de residencia no constituirá un motivo de expulsión del Estado miembro de acogida”. Además, el párrafo 5 del artículo 5 y el artículo 8, que permiten al Estado miembro de acogida exigir a los ciudadanos de la Unión que notifiquen su presencia en el territorio y que se registren ante las autoridades competentes cuando el período de residencia exceda los tres meses, disponen que el incumplimiento de esas obligaciones sólo podrá dar lugar “a la imposición de sanciones proporcionadas y no discriminatorias”<sup>276</sup> contra el interesado. Es decir, que el incumplimiento de las formalidades administrativas no es una infracción suficientemente grave para que el Estado miembro interesado pueda ordenar una expulsión.

147. En consonancia con esta posición, el Tribunal de Justicia condenó una medida de detención adoptada en los Países Bajos, de conformidad con la Ley sobre los extranjeros de 2000, con miras a la expulsión de un nacional francés por no presentar un documento de identidad. A este respecto, el Tribunal afirma que la presentación de un documento de identidad es “una formalidad administrativa cuyo único objetivo es la comprobación, por las autoridades nacionales, de un derecho que deriva directamente de la condición de la persona de que se trate”<sup>277</sup>. Seguidamente, recuerda que “las medidas de privación de libertad o de expulsión basadas exclusivamente en el incumplimiento por el interesado de las formalidades legales relativas al control de extranjeros menoscaban la propia esencia del derecho de residencia, directamente reconocido por el derecho comunitario, y resultan manifiestamente desproporcionadas en relación con la gravedad de la infracción”<sup>278</sup>. En efecto, “la Directiva 73/148 (...) autoriza a los Estados miembros a imponer restricciones al derecho de residencia de los nacionales de otros Estados miembros en la medida en que ello esté justificado por razones de orden público, de seguridad o salud pública”<sup>279</sup>. Asimismo, y en este caso el Tribunal se ajusta a su

<sup>275</sup> 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, Diario Oficial de la Unión Europea, núm. L 158, de 30 de abril de 2004, pág. 77; corrección en el Diario Oficial núm. L 229, de 29 de junio de 2004, pág. 35; corrección de la corrección en el Diario Oficial núm. L 197, de 28 de julio de 2005, pág. 34.

<sup>276</sup> El párrafo 5 del artículo 5 se aplica también a los miembros de la familia que no son nacionales de un Estado miembro. Respecto de esos miembros de la familia, se prevé la misma protección en el caso de que no cumplan la obligación de solicitar la tarjeta de residencia para las estancias de más de tres meses o la tarjeta de residencia permanente (párrafo 3 del artículo 9 y párrafo 2 del artículo 20 de la Directiva 2004/38).

<sup>277</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 17 de febrero de 2005, *Salah Oulane contra Ministre des affaires relatives aux étrangers et à l'intégration*, asunto C- 215/03, párr. 24, *Rec. I*, pág. 1245; Conclusiones del Abogado General P. Léger, presentadas el 21 de octubre de 2004, *Rec. I*, pág. 1219. En la Directiva 2004/38, la legislación comunitaria asimila la tarjeta de identidad o el pasaporte válido a una formalidad (véase el considerando 9).

<sup>278</sup> *Ibid.*, párr. 40.

<sup>279</sup> *Ibid.*, párr. 41. En ese sentido, véase Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 16 de enero de 2003, *Comisión contra Italia*, asunto C- 388/01, *Rec. I*, pág. 721, párr. 19.

jurisprudencia en el asunto *Royer*, “el hecho de no haber cumplido las formalidades legales relativas al acceso, el desplazamiento y la residencia de los extranjeros no puede, por sí mismo, constituir un atentado contra el orden y la seguridad públicos”<sup>280</sup>. Por lo tanto, una medida de detención de un nacional de otro Estado miembro, a los fines de su expulsión, adoptada sobre la base de la no presentación de una tarjeta de identidad o un pasaporte válido, constituye un obstáculo no justificado a la libre prestación de servicios y, por lo tanto, es contraria al artículo 49 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea<sup>281</sup>.

148. Además, el Tribunal de Justicia dictaminó, en una sentencia de fecha 23 de marzo de 2006, que la notificación automática de una orden de expulsión por incumplimiento de la presentación, en el plazo determinado, de los documentos requeridos para obtener un permiso de residencia, es contraria a la legislación de la Comunidad<sup>282</sup>. Ese razonamiento se inscribe en el marco del derecho comunitario europeo y no puede extenderse al derecho de expulsión de extranjeros de fuera de la Comunidad. No obstante, puede considerarse el esbozo de una tendencia cuya extensión es fácil de imaginar en la medida en que el fenómeno de la integración comunitaria se desarrolla en numerosas regiones del mundo y que la experiencia de la Comunidad Europea con frecuencia ha servido de inspiración a otras iniciativas de integración del mismo tipo.

#### e) Salud pública

149. ¿Qué cabe entender por esta noción de salud pública a los fines de la expulsión? ¿Cabe prever que toda persona enferma podrá ser expulsada por esa razón? ¿O que se trata solamente de las personas portadoras de una infección grave? ¿O de las personas que son vectores voluntarios o involuntarios de una enfermedad contagiosa?

La salud pública como motivo específico de expulsión aparece tanto en los textos antiguos como en los modernos. Por ejemplo, en virtud del artículo 7 de la Convención relativa al establecimiento y la competencia judicial contenida en el Tratado de Paz de Lausana, de fecha 24 de julio de 1923, entre el Imperio Británico, Francia, Italia, Japón, Grecia, Rumania, el Estado Serbio, Croata y Esloveno, por una parte, y Turquía, por la otra, esta última “se reserva el derecho de expulsar, mediante medidas individuales, como consecuencia de una sentencia judicial, en cumplimiento de las leyes o reglamentos sobre la policía de buenas costumbres, la policía sanitaria o la mendicidad, o por motivos de seguridad interior o exterior del Estado, a los nacionales de las otras potencias contratantes, que estas se

<sup>280</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 17 de febrero de 2005, *Salah Oulane*, loc. cit., párr. 42.

<sup>281</sup> La Sra. F. Kauff-Gazin cuestiona el fundamento utilizado por el Tribunal comunitario, a saber, la Directiva 73/148, para juzgar el derecho de circulación y residencia de un turista, al existir desde el 28 de junio de 1990 una directiva general relativa al derecho de residencia, la Directiva núm. 90/364/CEE (Diario Oficial núm. L 180, de 13 de julio de 1990, pág. 26): véase F. Kauff-Gazin, *Europe*, abril de 2005, núm. 4, com. núm. 127, págs. 13 y 14.

<sup>282</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 23 de marzo de 2006, *Comisión contra Reino de Bélgica*, asunto C- 408/03, párr. 72, *Rec. I* pág. 2663; Conclusiones del Abogado General D. Ruiz-Jarabo Colomer, presentadas el 25 de octubre de 2005, *Rec. I* pág. 2650. Para los ciudadanos de la Unión, la Directiva 2004/38 sustituye la tarjeta de residencia por el registro ante las autoridades del Estado miembro de acogida (artículo 8).



comprometen a recibir en cualquier momento, junto con sus familias. La expulsión tendrá lugar en condiciones de higiene y humanidad”<sup>283</sup>.

150. Un Estado puede tener un margen de apreciación bastante amplio para determinar si existen motivos de salud y seguridad públicas que justifiquen la expulsión de un extranjero<sup>284</sup>.

151. Las legislaciones nacionales de fin del siglo XIX y principios del siglo XX también procuraron dar respuesta a esas preguntas. Al considerar que “la salud pública interesa en primer lugar a la conservación del Estado”, muchas de esas legislaciones consideraron como pasibles de expulsión a los “extranjeros con enfermedades epidémicas o contagiosas”<sup>285</sup>. Como ejemplo, cabe citar el artículo 2 de la Ley de los Estados Unidos de 20 de febrero de 1907 sobre las condiciones de inmigración a los Estados Unidos, según la cual “se denegará la admisión a los Estados Unidos a las siguientes categorías de extranjeros: idiotas, imbéciles, débiles mentales, epilépticos, dementes, personas que hayan estado afectadas por la demencia durante los cinco años precedentes; ... pobres; personas susceptibles de convertirse en una carga pública, mendigos profesionales; personas afectadas por tuberculosis ...; personas condenadas por delito grave u otros crímenes o delitos que impliquen perversión moral; ... anarquistas ...; personas prostituidas ...; personas que procuran o tratan de procurar los servicios de prostitutas o muchachas con fines de prostitución; personas designadas como trabajadores con contratos que hayan sido persuadidas u obligadas a emigrar de su país mediante ofertas o promesas de empleo, ... ya sean trabajadores calificados o no calificados”<sup>286</sup>. Y, naturalmente, también los extranjeros que ingresen en violación de esas disposiciones podrán ser expulsados<sup>287</sup>. Al admitir que esa medida “puede parecer inhumana, o al menos rigurosa”, Ch. De Boeck constata, no obstante, que “la tendencia dominante actualmente en América, y que fue adoptada por Gran Bretaña en 1905, es la del sistema de la selección y la exclusión: en lugar de expulsar a los extranjeros que representan un peligro para la salud pública, se les impide ingresar al país”<sup>288</sup>. Esa práctica de exclusión en la frontera se aplicó en ese momento de manera sistemática, como se desprende del hecho de que ninguna persona enferma fue expulsada de Gran Bretaña durante los primeros seis años de aplicación de la Ley de extranjeros de 1905. Pero ¿cómo se explica la expulsión de aquellos que, si bien estaban sanos en el momento de su ingreso al país, contrajeron una enfermedad epidémica o contagiosa en él, víctimas del entorno, y no importaron gérmenes mórbidos? Solo cabe compartir la opinión de De Boeck sobre ese punto: la expulsión por ese motivo “sería inhumana”<sup>289</sup>.

<sup>283</sup> El texto de esa convención se publicó en *Journal du droit international*, t. L, 1923, pág. 1098.

<sup>284</sup> “En la causa *Hockbaum*, juzgada en 1934 por el Tribunal de Arbitraje de Alta Silesia, se sostuvo que, por regla general, si la expulsión se debe a motivos relacionados con la seguridad pública, el tribunal no revoca la decisión de las autoridades competentes: Decisiones del Tribunal, vol. 5, núm. 1, págs. 20 y ss.; AD, 7 (1933-34), núm. 134; ZöV, 5 (1935), págs. 635 a 655. Véase también *Re Rizzo and Others (No 2)*, op. cit., págs. 500 y 507; *Agee c. Royaume-Uni*, op. cit., pág. 164; *R. v. Secretary of State for Home Affairs*, ex parte *Hosenball*, op. cit. pág. 944.

<sup>285</sup> C. De Boeck, op cit, pág. 545.

<sup>286</sup> Respecto de esta Ley, véase especialmente P. Goule, “L’immigration aux Etats-Unis et la loi du 20 février 1907”, *Revue de droit international privé (Clunet)*, 1908, págs. 372 y ss.

<sup>287</sup> Véase A. Martini, op. cit., pág. 65.

<sup>288</sup> C. De Boeck, op. cit., pág. 545; y los ejemplos que figuran en las págs. 545 a 549.

<sup>289</sup> *Ibid.*, pág. 550.

152. En los últimos años, la epidemia del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) ha planteado problemas nuevos con respecto a la expulsión de extranjeros por consideraciones de salud pública. Se ha señalado que la circulación internacional de personas ha contribuido a la propagación mundial de la epidemia<sup>290</sup>. El hecho de que una persona esté infectada con el VIH/SIDA puede ser un problema de salud pública válido para negar la admisión a un extranjero<sup>291</sup>. Pero se han planteado dudas en cuanto a si esas restricciones a la libre circulación están justificadas<sup>292</sup>, como ha señalado G. S. Goodwin-Gill:

“La Organización Mundial de la Salud sostiene desde hace mucho que el VIH/SIDA no constituye una amenaza a la salud pública. (..)

En esas circunstancias, la detección del VIH parece cumplir dos funciones, ninguna de las cuales responde a una necesidad sanitaria u económica (...). En efecto, las limitaciones de las pruebas en cuanto a la prevención del contagio por el VIH son notorias, especialmente el ‘tiempo de latencia’ que separa la contaminación de la aparición de anticuerpos, o también la voluntad conocida de los Estados de no someter a análisis a sus ciudadanos que regresan del extranjero, aun a los que vienen de zonas ‘en riesgo’ (...). Como ha observado un comentarista, los países que exigen una prueba de detección del VIH aceptan actualmente a refugiados que se vuelven a establecer en ellos en un estado de salud que puede entrañar gastos públicos mucho más elevados que todo lo que podría costar un paciente afectado por el SIDA, lo que contradice el argumento financiero a favor del examen de detección.”<sup>293</sup>

153. Se plantea la cuestión de si se puede expulsar a un extranjero que padezca esa enfermedad por motivos de salud y seguridad públicas. Cabe observar que la facultad discrecional de un Estado de reglamentar la inmigración por motivos de salud pública es, quizá, más amplia para no admitir a extranjeros que para expulsarlos<sup>294</sup>.

<sup>290</sup> “Salvo la contribución relativamente reducida de la sangre y los productos sanguíneos a la epidemia mundial, la propagación del VIH se debe en gran medida al desplazamiento de personas”. Véase Mary Haour-Knipe y Richard Rector (eds.), *Crossing Borders: Migration, Ethnicity and AIDS*, Londres/Bristol, Taylor & Francis, 1996, pág. viii.

<sup>291</sup> “Un Estado puede exigir a una persona que pretenda entrar en su territorio un certificado médico de buena salud o un certificado de inoculación contra determinadas enfermedades contagiosas. Ese documento debe cumplir la reglamentación nacional del Estado en el que se intenta entrar, que normalmente se basa en reglamentaciones sanitarias internacionales de una organización general o regional de salud. Esas reglamentaciones se aplican en particular a todos los viajeros o a los que llegan de regiones determinadas y su propósito es impedir la propagación de esas enfermedades. ... Las reglamentaciones de la Organización Mundial de la Salud establecen las medidas de cuarentena que pueden adoptar los Estados miembros con respecto a cuatro enfermedades, a saber, el cólera, la peste, la fiebre amarilla y la viruela. ... A esa lista de enfermedades contagiosas se ha añadido ahora el SIDA (síndrome de inmunodeficiencia adquirida)”, Louis B. Sohn y T. Buergethal (eds.), op. cit., pág. 64.

<sup>292</sup> El examen que sigue, del presente párrafo 152 al párrafo 165, se ha tomado del documento “Expulsión de extranjeros, Memorando de la Secretaría”, op. cit., párrs. 394 a 407.

<sup>293</sup> Guy S. Goodwin-Gill, “AIDS and HIV, Migrants and Refugees: International Legal and Human Rights Dimensions”, en Mary Haour-Knipe y Richard Rector (eds.), op. cit., págs. 63 y 64.

<sup>294</sup> “Los Estados también tienen una amplia discreción para establecer los motivos de la deportación o expulsión de quienes hayan penetrado en el territorio nacional. En la práctica, los motivos para proceder a la expulsión suelen ser más limitados que los motivos para prohibir la entrada. Contraer una enfermedad contagiosa mientras se esté en el territorio nacional tiene menos posibilidades de constituir per se un motivo para la deportación, por ejemplo, aunque la misma enfermedad hubiera muy bien podido impedir la admisión inicial si se hubiera

Esa cuestión puede requerir que se examinen los derechos humanos que asisten al extranjero<sup>295</sup>. Los criterios pertinentes parecerían incluir el estado de la enfermedad del extranjero y las condiciones médico-sanitarias o la posibilidad de tratamiento en el Estado de la nacionalidad, al que presuntamente se deportaría al extranjero<sup>296</sup>.

154. Dentro de la Unión Europea, las consideraciones de salud pública se reconocen como motivo válido para expulsar a ciudadanos de la Unión y sus familiares. Figuran en el artículo 27 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 29 de abril de 2004. En el artículo 29 de ese texto se definen las enfermedades que justifican la expulsión del territorio por razones de salud pública. Cabe señalar que las enfermedades contraídas durante los tres meses siguientes a la fecha de llegada de la persona al territorio del Estado de acogida no pueden justificar una expulsión. Este artículo dice lo siguiente:

“1. Las únicas enfermedades que podrán justificar una medida que limite la libertad de circulación serán las enfermedades con potencial epidémico como se definen en los instrumentos correspondientes de la Organización Mundial de la Salud, así como otras enfermedades infecciosas o parasitarias contagiosas siempre que sean, en el país de acogida, objeto de disposiciones de protección para los nacionales.

2. Las enfermedades que sobrevengan en el período de tres meses siguiente a la fecha de llegada no podrán justificar la expulsión del territorio.

3. Si existen indicios graves que lo justifiquen, un Estado miembro podrá someter a los beneficiarios del derecho de residencia, en los tres meses siguientes a la fecha de su llegada, a un reconocimiento médico gratuito para que se certifique que no padecen las enfermedades mencionadas en el apartado 1. Esos exámenes médicos no podrán tener un carácter sistemático.”

155. Las legislaciones nacionales de diversos Estados reconocen como motivo válido de expulsión de los extranjeros las consideraciones de salud pública<sup>297</sup>. Un Estado puede expulsar a un extranjero, o denegarle la entrada, cuando padezca: 1) una enfermedad incluida en una lista o enumeración<sup>298</sup> o una enfermedad que sea

---

desarrollado antes de la entrada”, David A. Martin, “The Authority and Responsibility of States”, en Alexander T. Aleinikoff y V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, pág. 34.

<sup>295</sup> Véase Stephanie Palmer, “AIDS, Expulsion and Article 3 of the European Convention on Human Rights”, *European Human Rights Law Review*, vol. 5, 2005, págs. 533 a 540; Guy S. Goodwin-Gill, op. cit., págs. 50 a 69

<sup>296</sup> “Se plantea una cuestión importante en referencia a la legislación de los derechos humanos: ¿devolver a una persona a un país en el que puede no tener acceso a servicios de salud adecuados constituye un trato inhumano o degradante? El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha examinado esas cuestiones en varios casos. Casi siempre se ha autorizado el retorno ... Los criterios parecerían ser pues la situación de la enfermedad y las condiciones en el país de origen ... Por último, los casos en los que no ciudadanos impugnan la expulsión por motivos de enfermedad o falta de servicios en el país de origen sólo tienen posibilidades de prosperar en circunstancias especiales”, Peter Van Krieken, “Health and Migration: The Human Rights and Legal Context”, en Alexander T. Aleinikoff y V. Chetail (eds.), op. cit., págs. 289, 301 y 302.

<sup>297</sup> El examen de las legislaciones y jurisprudencias nacionales sobre este punto se han tomado del documento “Expulsión de extranjeros, Memorando de la Secretaría”, op. cit., párrs. 392 a 399.

<sup>298</sup> Belarús, Ley de 1998, artículos 14, 15 y 20; Chile, Decreto de 1975, artículos 15 5), 64 4), 65 1) y 66; China, Reglamento de 1986, artículos 7 4) y 20; Federación de Rusia, Ley núm. 115-FZ de

hereditaria<sup>299</sup>, incapacitadora<sup>300</sup>, crónica<sup>301</sup>, epidémica, infecciosa, contagiosa o transmisible<sup>302</sup> o que haga indeseable la presencia del extranjero por razones médicas<sup>303</sup>; 2) VIH/SIDA<sup>304</sup>, tuberculosis<sup>305</sup>, lepra<sup>306</sup> o enfermedades venéreas<sup>307</sup>; 3) defectos físicos<sup>308</sup>; 4) una enfermedad o discapacidad mental<sup>309</sup> o retraso mental<sup>310</sup>; 5) alcoholismo o drogadicción<sup>311</sup>; 6) vejez<sup>312</sup>; o 7) un estado grave de salud<sup>313</sup>. Un Estado puede hacerlo también si un extranjero: 1) amenaza la salud del público<sup>314</sup> o de la fauna del territorio del Estado<sup>315</sup>; 2) procede de una región con

2002, artículos 7 13), 9 13) y 18 9); Grecia, Ley de 2001, artículo 44 1) c); Japón, Orden de 1951, artículos 5 1) y 7 4); y Sudáfrica, Ley de 2002, artículo 29 1) a).

<sup>299</sup> Brasil, Decreto de 1981, artículo 52 II); y Paraguay, Ley de 1996, artículos 6 3) y 7 2).

<sup>300</sup> Brasil, Decreto de 1981, artículo 52 III).

<sup>301</sup> Paraguay, Ley de 1996, artículos 6 3) y 7 2).

<sup>302</sup> China, Reglamento de 1986, artículos 7 4) y 20; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículos 212 a) 1) A) y 232 a); Federación de Rusia, Ley núm. 115-FZ de 2002, artículos 7 13), 9 13) y 18 9); Japón, Orden de 1951, artículos 5 1) y 7 4); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 37 d); Paraguay, Ley de 1996, artículos 6 1) y 7 1); República de Corea, Ley de 1992, artículos 11 1) 1), 1) 8) y 46 1) 2); y Sudáfrica, Ley de 2002, artículo 29 1) a).

<sup>303</sup> Kenya, Ley de 1967, artículo 3 1) c) ii); y Nigeria, Ley de 1963, artículo 50 d).

<sup>304</sup> China, Reglamento de 1986, artículos 7 4) y 20; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículos 212 a) 1) A) i), g) 1) y 232 a); y Federación de Rusia, Ley núm. 115-FZ de 2002, artículos 7 13), 9 13) y 18 9).

<sup>305</sup> China, Reglamento de 1986, artículos 7 4) y 20.

<sup>306</sup> Ibid.

<sup>307</sup> Ibid.

<sup>308</sup> Brasil, Decreto de 1981, artículo 52 IV). Un Estado puede considerar pertinentes solo los defectos físicos que supongan una amenaza para el orden público (Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículos 212 a) 1) A) iii), g) 3) y 232 a)).

<sup>309</sup> Puede ser cualquier enfermedad o discapacidad mental (Brasil, Decreto de 1981, artículo 52 I); China, Reglamento de 1986, artículos 7 4) y 20; Kenya, Ley de 1967, artículo 3 1) b); Nigeria, Ley de 1963, artículos 18 1) b) y 39 1) y 2); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 37 e); República de Corea, Ley de 1992, artículos 11 1) 5) y 1) 8) y 46 1) 2)) o solo una que: 1) impida discernir entre lo correcto y lo incorrecto (Japón, Orden de 1951, artículo 5 2)); 2) provoque una alteración del comportamiento (Paraguay, Ley de 1996, artículos 6 2) y 7 1)); 3) debilite de otro modo (Paraguay, Ley de 1996, artículos 6 3) y 7 2)); o 4) afecte al orden público o lo ponga en peligro (Suiza, Ley Federal de 1931, artículo 10 1) c) y 2); y Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículos 212 a) 1) A) iii), g) 3) y 232 a)).

<sup>310</sup> Paraguay, Ley de 1996, artículos 6 3) y 7 2).

<sup>311</sup> Brasil, Decreto de 1981, artículo 52 V); República de Corea, Ley de 1992, artículos 11 1) 1) y 1) 8) y 46 1) 2); Paraguay, Ley de 1996, artículos 6 6) y 7 4); Federación de Rusia, Ley núm. 115-FZ, artículos 7 13), 9 13) y 18 9); y Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículos 101 a) 5) f) 1), 212 a) 1) A) iv), 232 a) y 237 a) 2) B) ii).

<sup>312</sup> Paraguay, Ley de 1996, artículo 35 b).

<sup>313</sup> Ibid. Compárese con Francia, Código, artículo L521-3 5), que no permite expulsar cuando hacerlo tendría consecuencias excepcionalmente graves para la salud del extranjero.

<sup>314</sup> Alemania, Ley de 2004, artículo 55 2) 5); Belarús, Ley de 1998, artículos 14, 15 y 20, y Ley de 1993, artículos 20 2) y 25 1); Brasil, Decreto de 1981, artículo 101, y Ley de 1980, artículo 67; Canadá, Ley de 2001, artículo 38 1) a); Dinamarca, Ley de 2003, artículo 25 ii); Federación de Rusia, Ley de 1996, artículos 25.10 y 27; Finlandia, Ley de 2004, artículos 11 1) 5) y 168 1) y 2); Honduras, Ley de 2003, artículo 89 3); Italia, Ley núm. 40 de 1998, artículo 45 2) b); Lituania, Ley de 2004, artículo 7 5); Madagascar, Ley de 1962, artículo 13; Panamá, Decreto Ley de 1960, artículos 18, 36 (modificado por la Ley núm. 6 de 1980, párr. 10) y 38; Polonia, Ley núm. 1775 de 2003, artículo 21 1) 5); República Checa, Ley de 1999, artículo 9 1); y República de Corea, Ley de 1992, artículos 11 1) 1) y 1) 8) y 46 1) 2).

<sup>315</sup> Belarús, Ley de 1998, artículo 20.

problemas epidemiológicos<sup>316</sup>; 3) no reúne criterios o condiciones de salud determinados<sup>317</sup>; 4) puede suponer una carga excesiva para los servicios de salud del Estado<sup>318</sup>; o 5) no presenta certificados de vacunación<sup>319</sup>.

156. Al extranjero se le puede exigir que se someta a un reconocimiento médico<sup>320</sup> (que puede implicar detención)<sup>321</sup> o que tenga fondos suficientes para costear sus gastos médicos<sup>322</sup>. La expulsión de un extranjero por ese motivo se puede reconsiderar: 1) por el cumplimiento, por parte del extranjero, de lo que dispongan las autoridades sanitarias del Estado<sup>323</sup>; o 2) por la existencia de un acuerdo o relación especial entre el Estado del extranjero y el Estado que procede a la expulsión<sup>324</sup>. Los lazos familiares con nacionales del Estado<sup>325</sup> pueden afectar o no<sup>326</sup> a la situación del extranjero a este respecto, mientras que los motivos contemplados en la presente sección pueden hacerse extensivos a toda la familia del extranjero<sup>327</sup>. También pueden aplicarse a los extranjeros que se consideran residentes transitorios<sup>328</sup>.

157. Cabe observar que algunos tribunales nacionales han sostenido que los extranjeros que sufren enfermedades graves no pueden ser expulsados cuando esa expulsión constituya una violación de los derechos humanos<sup>329</sup>.

#### f) Buenas costumbres

158. El menoscabo de las buenas costumbres ha sido reconocido como motivo válido para expulsar a extranjeros en el derecho convencional, la práctica de los Estados<sup>330</sup> y la doctrina<sup>331</sup>.

<sup>316</sup> Belarús, Ley de 1998, artículo 20; e Italia, Decreto Ley de 1996, artículo 4 2).

<sup>317</sup> Brasil, Ley de 1980, artículos 7 V) y 26.

<sup>318</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 38 1) c) y 2).

<sup>319</sup> Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículos 212 a) 1) A) ii), B), g) 2) y 232 a).

<sup>320</sup> Belarús, Ley de 1998, artículo 20; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículos 232 a) y 240 c) 1) B); Japón, Orden de 1951, artículos 7 1) y 9; Kenya, Ley de 1967, artículo 3 1) c) i); Nigeria, Ley de 1963, artículo 50 d).

<sup>321</sup> Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 232 a).

<sup>322</sup> Hungría, Ley de 2001, artículo 4 1) d); y Lituania, Ley de 2004, artículo 7 3).

<sup>323</sup> Grecia, Ley de 2001, artículo 44 1) c).

<sup>324</sup> Finlandia, Ley de 2004, artículo 168 1) y 2); e Italia, Ley núm. 40 de 1998 artículo 45 2) b).

<sup>325</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 38 2); Paraguay, Ley de 1996, artículos 7 y 35 b); y Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 212 a) 1) B) y g) 1).

<sup>326</sup> Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 38.

<sup>327</sup> Brasil, Ley de 1980, artículo 26 2).

<sup>328</sup> Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 36 (modificado por Ley núm. 6 de 1980, párr. 10); y Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 232 a).

<sup>329</sup> Respecto de este punto, véase la jurisprudencia citada en el documento “Expulsión de extranjeros, Memorando de la Secretaría”, op. cit., párrs. 579 a 584.

<sup>330</sup> “Es muy común que se pueda ordenar la deportación de un extranjero ... por causa de (su) conducta inmoral (incluidas la prostitución y la utilización de estupefacientes) ...”, Richard Plender, op. cit., págs. 467 y 468 (en referencia, entre otros, a Dinamarca, Ley de extranjería núm. 226 de 8 de junio de 1983, artículo 25 2), y Nigeria, Ley de 1963, artículo 17 1) g) y h)).

<sup>331</sup> “Se puede ejercer la potestad de expulsar o deportar si la conducta o las actividades de un extranjero, después de haber sido admitido en el Estado, infringen determinadas normas básicas. Entre esas conductas o actividades se pueden citar las siguientes: ... 3. Entregarse a actividades ... que son perjudiciales para ... las buenas costumbres ...”, Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), op. cit., págs. 90 y 91.

159. El párrafo 1 del artículo 3 del Convenio Europeo de Establecimiento dispone lo siguiente:

“Los nacionales de cualquier Parte Contratante que residan legalmente en el territorio de otra Parte únicamente podrán ser expulsados cuando amenacen la seguridad nacional o atenten contra el orden público o las buenas costumbres.”

160. La expulsión por motivos relacionados con las buenas costumbres está contemplada en la legislación nacional de varios Estados<sup>332</sup>. Así, un Estado puede expulsar a un extranjero que haya favorecido o promovido la prostitución u otra forma de explotación sexual<sup>333</sup>, o la trata de personas<sup>334</sup>, o haya obtenido beneficios de ellas. Un Estado puede hacerlo igualmente si un extranjero: 1) se dedica a la prostitución permanente u ocasionalmente<sup>335</sup>; 2) participa de otro modo en comportamientos sexuales prohibidos<sup>336</sup> o en delitos sexuales<sup>337</sup>; 3) ha traficado con órganos humanos<sup>338</sup>; 4) ha obtenido beneficios<sup>339</sup> de las drogas utilizadas como estupefacientes o de otras sustancias psicotrópicas o psicogénicas, ha participado en el contrabando<sup>340</sup>, el tráfico<sup>341</sup> o la producción<sup>342</sup> de ellas, las ha poseído<sup>343</sup> o se ha visto implicado<sup>344</sup> de otro modo con ellas; 5) ha raptado a menores o ha hecho que

<sup>332</sup> El examen de las legislaciones nacionales sobre este punto se ha tomado del documento “Expulsión de extranjeros, Memorando de la Secretaría”, op. cit., párrs. 403 a 406.

<sup>333</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 29 h); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículos 212 a) 2) D) ii) y 278; Grecia, Ley de 2001, artículo 44 1) a); Italia, Decreto Legislativo núm. 286 de 1998, artículos 4 3) y 8; Japón, Orden de 1951, artículos 5 7) y 24 4) j); Kenya, Ley de 1967, artículo 3 1) e); Nigeria, Ley de 1963, artículo 18 1) h) y 3) a) y e) a g); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 37 a); y Paraguay, Ley de 1996, artículo 6 6).

<sup>334</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 29 h); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 57 1) g); Chile, Decreto de 1975, artículos 15 2), 17, 63 2) y 65 1) a 3); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículos 212 a) 2) D) ii), H) i) y 278; Hungría, Ley de 2001, artículo 46 2); y Japón, Orden de 1951, artículos 2 7), 5 7) – 2 y 24 4) c).

<sup>335</sup> Austria, Ley de 2005, artículo 3.53 2) 3); China, Reglamento de 1986, artículo 7 3); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 212 a) 2) D) i); Japón, Orden de 1951, artículos 5 7), 24 4) j) y 62 4); Kenya, Ley de 1967, artículo 3 1) e); Nigeria, Ley de 1963, artículo 18 1) g) y 3) g); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 37 a); y Paraguay, Ley de 1996, artículo 6 6).

<sup>336</sup> Italia, Decreto Legislativo núm. 286 de 1998, artículos 4 3) y 8 a).

<sup>337</sup> Grecia, Ley de 2001, artículo 44 1) a).

<sup>338</sup> Paraguay, Ley de 1996, artículo 6 6).

<sup>339</sup> *Ibid.*

<sup>340</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 27 1) b) y 47 1) b); y Hungría, Ley de 2001, artículo 32 1) b).

<sup>341</sup> Alemania, Ley de 2004, artículo 54 3); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 57 1) g); Chile, Decreto de 1975, artículos 15 2), 17, 63 2) y 65 1) a 3); China, Reglamento de 1986, artículo 7 3); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 212 a) 2) C); Grecia, Ley de 2001, artículo 44 1) a); Hungría, Ley de 2001, artículo 46 2); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 37 a); Paraguay, Ley de 1996, artículo 6 6); y Sudáfrica Ley de 2002, artículo 29 1) b).

<sup>342</sup> Alemania, Ley de 2004, artículo 54 3); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 27 1) b) y 47 1) b); y Hungría, Ley de 2001, artículo 32 1) b).

<sup>343</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 27 1) b) y 47 1) b); y Japón, Orden de 1951, artículo 5 6).

<sup>344</sup> Alemania, Ley de 2004, artículo 53 2); Dinamarca, Ley de 2003, artículo 22 iv); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículos 212 a) 2) A) i) II), h) y 237 a) 2) B); Italia, Decreto Legislativo núm. 286 de 1998, artículos 4 3) y 8; y Japón, Orden de 1951, artículos 5 5) y 24 4) h).

éstos participen en actividades ilícitas<sup>345</sup>; 6) ha cometido delitos de violencia doméstica<sup>346</sup>; o 7) se ha dedicado al juego o ha obtenido ingresos importantes del juego<sup>347</sup>.

161. Conforme a la legislación de algunos Estados, la expulsión por motivos relacionados con las buenas costumbres se puede aplicar a un extranjero que sea miembro de una organización que participe en la trata de personas<sup>348</sup> o el tráfico de drogas<sup>349</sup>; cause daño o amenace a las buenas costumbres nacionales o públicas<sup>350</sup>; cometa un delito de inmoralidad<sup>351</sup>; ofenda gravemente las buenas costumbres<sup>352</sup>; se entregue a una conducta inmoral<sup>353</sup> o no tenga un buen carácter moral<sup>354</sup>; opere en un entorno de disipación moral<sup>355</sup>; sea incapaz de llevar una vida decente<sup>356</sup>; o tenga la intención de dedicarse a la explotación comercial del vicio<sup>357</sup>.

162. Ese motivo se puede aplicar cuando haya dado comienzo el procedimiento penal<sup>358</sup> o cuando el extranjero haya cometido el acto o haya infringido la legislación pertinente<sup>359</sup>. La legislación pertinente puede prever sanciones, además

<sup>345</sup> Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 212 a) 10) C); Grecia, Ley de 2001, artículo 44 1) a); Italia, Decreto Legislativo núm. 286 de 1998, artículos 4 3) y 8; Japón, Orden de 1951, artículo 2 7) b) y c); y Nigeria, Ley de 1963, artículo 18 1) h) ii) a iv), 3) b) a d) y f). Los Estados Unidos pueden eximir a un funcionario público extranjero de la aplicación de ese motivo por decisión discrecional del Secretario de Estado, o si el niño se encuentra en un Estado parte en la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, hecha en La Haya el 25 de octubre de 1980 (Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 212 a) 10) C) iii) II) y III)).

<sup>346</sup> Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 237 a) 2) E); y Francia, Código, artículo L541-4.

<sup>347</sup> Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 101a) 50) f) 4) y 5); y Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 37 b).

<sup>348</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 27 1) c) et 47 1) c); Canadá, Ley de 2001, artículo 37 1) b).

<sup>349</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 27 1) c) y 47 1) c); y Canadá, Ley de 2001, artículo 37 1) b).

<sup>350</sup> Brasil, Decreto de 198, artículo 101, y Ley de 1980, artículos 64 y 67; Chile, Decreto de 1975, artículos 15 2), 17, 63 2) y 65 1) a 3); Federación de Rusia, Ley de 1996, artículo 25.10; Madagascar, Ley de 1962, artículo 13; Panamá, Decreto Ley de 1960, artículos 18 y 38; y República de Corea, Ley de 1992, artículo 11 1) 4) y 1) 8).

<sup>351</sup> Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 212 a) 2) A) i) I) y ii).

<sup>352</sup> Suiza, Reglamento de 1949, artículo 16 2).

<sup>353</sup> Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 37 a).

<sup>354</sup> Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 101 a) 50) f).

<sup>355</sup> Paraguay, Ley de 1996, artículo 6 7).

<sup>356</sup> Suecia, Ley de 1989, artículo 2.4. En Suecia se puede conceder al extranjero un permiso de residencia de duración limitada en vez de un permiso de residencia ordinario, habida cuenta del estilo de vida que se espera adopte el extranjero (Suecia, Ley de 1989, artículo 2.4 b)).

<sup>357</sup> Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 212 a) 2) A) i) I) y iii).

<sup>358</sup> Alemania, Ley de 2004, artículo 53 2); Argentina, Ley de 2004, artículo 29 h); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 57 1) g); Brasil, Decreto de 1981, artículo 101, y Ley de 1980, artículo 67; Dinamarca, Ley de 2003, artículo 22 iv); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículos 101 a) 50) f) 5) y 237 a) 2) B) i) y E); Grecia, Ley de 2001, artículo 44 1) a); Japón, Orden de 1951, artículos 5 5) y 24 4) h); Sudáfrica, Ley de 2002, artículo 29 1) b).

<sup>359</sup> Alemania, Ley de 2004, artículo 54 3); Argentina, Ley de 2004, artículo 29 h); Austria, Ley de 2005, artículo 3.53 2) 3); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 27 1) b) y c) y 47 1) b) y c); Brasil, Ley de 1980, artículo 64; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículos 101 a) 50) f) 3) y 212 a) 2) C) y D); Hungría, Ley de 2001, artículo 32 1) b); Italia, Decreto Legislativo núm. 286 de 1998, artículos 4 3) y 8; Japón, Orden de 1951, artículos 5 6) y

de la expulsión<sup>360</sup>, o especificar que la expulsión se producirá: 1) después de que el extranjero haya cumplido condena, especialmente pena de prisión<sup>361</sup>; o 2) si la condena del extranjero no incluye la expulsión<sup>362</sup>.

163. La expulsión de un extranjero por motivos relacionados con las buenas costumbres puede depender en parte de: 1) su condición de residente<sup>363</sup> o la condición de residentes de sus familiares<sup>364</sup>; 2) que reúna las condiciones para estar exento del requisito de visado u otros requisitos parecidos<sup>365</sup>; 3) el tiempo que lleve viviendo en el territorio del Estado en el momento de cometer el acto<sup>366</sup>; 4) que haya entrado en el territorio del Estado antes de que se manifiesten los motivos de expulsión<sup>367</sup>; 5) que represente una amenaza para los intereses nacionales<sup>368</sup>; 6) que proceda de un Estado que no tenga un acuerdo ni una relación especial con el Estado que expulsa<sup>369</sup>; 7) su condición de víctima de trata de personas cuando comete el acto<sup>370</sup>; u 8) su condición de residente con carácter transitorio<sup>371</sup>. Los familiares a cargo del extranjero pueden ser expulsados conforme a esta sección si existen motivos para expulsar al extranjero<sup>372</sup>.

164. Los tribunales nacionales de algunos Estados han confirmado la expulsión de extranjeros por motivos relacionados con las buenas costumbres<sup>373</sup>.

---

24 4) h); Nigeria, Ley de 1963, artículo 18 1) g) y h) y 3) a) a g); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 37 a); y Paraguay, Ley de 1996, artículo 6 6) y 7).

<sup>360</sup> Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 278; Italia, Decreto Legislativo núm. 286 de 1998, artículo 12 3 ter), Ley núm. 40 de 1998, artículo 10 3) y Decreto Ley de 1996, artículo 8 1).

<sup>361</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 47 4).

<sup>362</sup> *Ibid.*, artículo 57 1) g).

<sup>363</sup> Austria, Ley de 2005, artículo 3.53 2) 3); Dinamarca, Ley de 2003, artículo 22 iv); y Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 212 h); e Italia, Decreto Legislativo núm. 286 de 1998, artículo 12.

<sup>364</sup> Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 212 h) l) B).

<sup>365</sup> Austria, Ley de 2005, artículo 3.53 2) 3).

<sup>366</sup> *Ibid.*; Dinamarca, Ley de 2003, artículo 22 iv); y Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 212 h).

<sup>367</sup> China, Reglamento de 1986, artículo 7 3). Compárese con Kenya, Ley de 1967, artículo 3 1) e), y con Nigeria, Ley de 1963, artículo 18 1) h), en las que se considera que existen motivos con independencia de que el acto se haya cometido antes o después de la entrada del extranjero en el territorio del Estado, y con Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 212 a) 2) D) i) a iii), según el cual existen motivos si el extranjero se dedicó a la prostitución en los 10 años anteriores a su entrada en el territorio de los Estados Unidos o pretende ejercer esa actividad durante su estancia en él.

<sup>368</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 27 1) b).

<sup>369</sup> Italia, Decreto Ley de 1996, artículo 8 1).

<sup>370</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 37 2) b); y Japón, Orden de 1951, artículos 5 7)-2 y 24 4) a).

<sup>371</sup> Japón, Orden de 1951, artículo 24 4).

<sup>372</sup> Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 212 a) 2) C) ii) y H) ii) y iii).

<sup>373</sup> Véanse por ejemplo *Re Th. and D.*, Consejo de Estado, Egipto, 16 de marzo de 1953, *International Law Reports*, 1951, H. Lauterpacht (ed.), causa núm. 92, págs. 301 y 302, en especial pág. 302 (“En el artículo 2 2) del Decreto Ley de 22 de junio de 1938, se incluye entre los motivos que justifican la expulsión el haber cometido un acto contrario a la moral pública y los demandantes han cometido un acto que ciertamente lo es, un acto que va contra la ley divina y humana; si la expulsión se basa en ese motivo, está justificada en derecho sin lugar a dudas”) (en relación con el concubinato); *Hecht v. McFaul and Attorney-General of the Province of Quebec*, Tribunal Superior de Quebec, 26 de enero de 1961, *International Law Reports*, vol. 42, E. Lauterpacht (ed.), págs. 226 a 229 (expulsión a causa de condena por delitos de inmoralidad).



i) *Mendicidad y vagabundeo*

165. En el derecho relativo a la expulsión se consideraba, hasta comienzos del siglo XX, que la mendicidad y el vagabundeo eran también causas que expulsión, por considerarse que los mendigos y los vagabundos eran “peligrosos”<sup>374</sup>. Por ejemplo, en Francia el artículo 272 del Código penal monárquico disponía expresamente que “los individuos declarados judicialmente como vagabundos, si son extranjeros, podrán ser llevados, por orden del Gobierno, fuera del territorio del Reino”. Esas normas sobre expulsión se aplicaron a numerosas personas de esa categoría.

166. En Suiza podían ser expulsadas “las personas sin recursos”<sup>375</sup>. Asimismo, el artículo 6 de la Ley de Luxemburgo de 30 de diciembre de 1893 disponía que “podrán ser conducidos inmediatamente a la frontera por la fuerza pública” los extranjeros no residentes “en situación de vagabundeo o mendicidad, o en contravención a la ley sobre las profesiones ambulantes en una frontera común del país”.

167. Es posible incluir esas causas de expulsión en el motivo de orden público que, como se ha visto, puede ser muy flexible y cuyo contenido puede variar de un país a otro. También pueden ser incluidas en el motivo de tranquilidad pública. Pero cabe preguntarse si forman parte del orden público o si constituyen motivos autónomos. En todo caso, cabe dudar de que esas causas sean aceptables en nuestros días a la luz del derecho internacional. Por lo demás, el derecho interno de ciertos Estados somete, por ejemplo, la mendicidad a las normas de policía municipal<sup>376</sup> y considera que se pueden imponer restricciones a la mendicidad en la vía pública, pero a condición de que esas restricciones sean limitadas tanto en el espacio como en el tiempo, teniendo en cuenta las circunstancias<sup>377</sup>. Es evidente que se trata de “restricciones” limitadas en función del tiempo y del espacio, y no de una prohibición; mucho menos entonces podrían constituir, en esas condiciones, un motivo de expulsión.

ii) *Perversión y conducta disoluta*

168. Algunas legislaciones antiguas consideraban que, al igual que la mendicidad y el vagabundeo, los actos de perversión o una vida disoluta eran motivos de expulsión. Las obras antiguas mencionan, como ejemplo, el caso de la expulsión de una familia francesa de tres miembros, los Bettinger, del cantón de Soleure en Suiza hacia finales del siglo XIX, no solamente porque desde hacía bastante tiempo se

---

Véase también *Brandt v. Attorney-General of Guyana and Austin*, Tribunal de Apelaciones de Guyana, 8 de marzo de 1971, págs. 450 a 496, en especial pág. 460 (“Lo que no es ‘propicio al bien público’ de un país podía consistir no sólo en oponerse a la paz y el orden, sino también a sus ‘intereses sociales’ y ‘materiales’, abarcando de ese modo un ámbito más amplio que la limitada categoría de ‘la paz y el orden’”).

<sup>374</sup> A. Martini, *L’expulsion des étrangers*, op. cit., págs. 59 y 60.

<sup>375</sup> *Ibid.*, pág. 61.

<sup>376</sup> Véase el artículo L. 2213-4 del Código general de las entidades territoriales de Francia.

<sup>377</sup> A este respecto, véase: Tribunal Administrativo de Pau, 22 de noviembre de 1995, *Conveinhes et autres c. Commune de Pau, Les Petites Affiches*, 31 de mayo de 1996, *conclusions Madec*; Tribunal Administrativo de Poitiers, 19 de octubre de 1995, *Massaoud Abderrezac c. Commune de La Rochelle, Revue française de droit administratif (RFDA)*, 1996, pág. 377; Tribunal Administrativo de Apelaciones de Bordeaux, 26 de abril de 1999, núm. 97BX01773, *Commune de Tarbes*.

habían convertido en una carga pública, sino también porque el padre y la hija habían caído en una desmoralización completa y no podían encontrar ningún lugar donde alojarse, y todos los miembros de la familia eran incapaces de trabajar<sup>378</sup>. También en Suiza, un ciudadano de la zona rural de Basilea pidió al Consejo Federal, el 1 de septiembre de 1885, la expulsión de George Grüner, de Viena, quien, según el solicitante, “tiene una conducta inmoral y perturba la paz de muchas familias”. El Consejo Federal transmitió la solicitud al Gobierno del cantón, competente para decidir sobre esa cuestión. A. Martini se refirió a comienzos del siglo XX al caso de extranjeros “expulsados por contravenir la ley del juego”<sup>379</sup>. Indicaba también que los cónsules podían naturalmente adoptar esa medida, en los lugares donde habían conservado “el derecho de expulsar a sus nacionales”, como en China<sup>380</sup>. La prostitución está comprendida también en ese motivo de perversión y vida disoluta. En Inglaterra, por ejemplo, la prostitución era delito, y la Ley de extranjeros de 1905 autorizaba al Ministro del Interior a emitir una orden de expulsión si un tribunal confirmaba que había condenado al extranjero por el delito de prostitución<sup>381</sup>. La ley de los Estados Unidos de 20 de febrero de 1907, en su artículo 2, prohibía el ingreso al territorio de prostitutas y proxenetas, y autorizaba la expulsión de esas dos categorías de personas<sup>382</sup>. En el mismo sentido, y aunque no mencionaba expresamente la prostitución, la Ley del Brasil de 7 de diciembre de 1907 disponía, en su artículo 2, que “son motivos suficientes de expulsión el vagabundeo, la mendicidad o el proxenetismo debidamente demostrados”<sup>383</sup>. En 1927, Ch. De Boeck afirmaba que el principio según el cual “los actos de perversión notorios y reiterados y una vida disoluta constituían causas legítimas de expulsión era admitido tácitamente, estaba consagrado en las leyes de todos los países y era universalmente aplicado”<sup>384</sup>.

169. Con excepción de los cuatro casos examinados, las legislaciones nacionales consagran otros motivos de expulsión, a veces inesperados. Se observan en esa época expulsiones por causas políticas tan diversas como “actividades anarquistas”, “apología del asesinato”<sup>385</sup>, “excitación malsana”<sup>386</sup>, “espionaje” o la sospecha de espionaje<sup>387</sup>, “intrigas y confabulaciones contra el Estado”<sup>388</sup> o contra terceras

<sup>378</sup> Véase *Journal du droit international privé (Clunet)*, 1893, pág. 661; Ch. De Boeck, op. cit., pág. 543.

<sup>379</sup> A. Martini, *L'expulsion des étrangers*, op. cit., pág. 61.

<sup>380</sup> *Ibid.*, págs. 61 y 62.

<sup>381</sup> Véase A. Martini, op. cit., pág. 82.

<sup>382</sup> C. De Boeck, op. cit., págs. 544 y 545.

<sup>383</sup> *Ibid.*, pág. 545.

<sup>384</sup> *Ibid.*, pág. 542.

<sup>385</sup> A. Martini, op. cit., pág. 69.

<sup>386</sup> Véase, por ejemplo, la expulsión de Suiza en 1881 del Príncipe Kropotckine, por haber “pronunciado discursos en público, incitando a los obreros a apoderarse violentamente de bienes” y derrocar por la fuerza el orden establecido, por haber “glorificado el asesinato del Tzar Alejandro V”, etc. (véase A. Martini, op. cit., pág. 69).

<sup>387</sup> Véase el caso de *Carlsbad Hofmann*, condenado por fraude contra Suiza, al proclamarse Coronel en disponibilidad, bajo el nombre de *Baron Courtier*, y obtener acceso a establecimientos militares de Thoune (Suiza); fue también expulsado bajo sospecha de espionaje (véase *Journal de droit international privé*, 1893, pág. 671).

<sup>388</sup> Véase el caso de expulsión en 1718 del Príncipe de *Cellamare*, Embajador de España en París, por haber conspirado contra el regente de Francia (véase *Revue de droit international public*, 1907, pág. 181 *in fine*).

potencias<sup>389</sup>, “resistencia a la ley”<sup>390</sup>, “antimilitarismo violento”<sup>391</sup>, “llamamientos a la sedición”<sup>392</sup> y “profanación del pabellón”<sup>393</sup>.

170. Esas causas de expulsión no plantean ningún problema particular en la medida en que pueden ser incluidas fácilmente en los motivos de seguridad pública o de orden público.

171. Hay dos motivos que son más inusuales, uno relativamente antiguo, que puede calificarse de ideológico, y el otro, más reciente, que puede calificarse de cultural.

**g) Motivo ideológico y actividad política**

*i) La ideología*

172. Este motivo surge con el advenimiento del régimen socialista en Rusia. La Ley de 19 de mayo de 1903 fue reemplazada por el Decreto sobre la expulsión de extranjeros del Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, de 29 de agosto de 1921, cuyo artículo 1 dispone que “los extranjeros cuyo estilo de vida, actividad o conducta sean considerados incompatibles con los principios y el conjunto de la vida de un Estado obrero y campesino, podrán ser expulsados por la Comisión extraordinaria (Tcheka o Guépéou) o por decreto de un tribunal, aun cuando anteriormente hubieran sido autorizados a residir en Rusia”<sup>394</sup>.

*ii) Actividades políticas*

173. Las consideraciones políticas pueden ser un factor pertinente para determinar la expulsión de los extranjeros por razones de orden público o seguridad nacional, pero no constituyen un motivo propiamente dicho conforme al derecho internacional<sup>395</sup>.

<sup>389</sup> Véase el caso de expulsión de Bélgica, en 1872, del Conde de Chambord “después de conciliábulos de ese pretendiente con sus partidarios, en el Hotel Saint-Antoine en Amberes” (véase *Journal de droit international privé*, 1889, pág. 73).

<sup>390</sup> Véase el caso de la expulsión de Msgr. Montagnini, secretario de la nunciatura de la Santa Sede, “por haber transmitido a tres curas de París la orden de violar la ley de separación de las iglesias y el Estado, y llevar a los clérigos a la lucha en nombre del partido clerical” (Véase *Revue de droit international public*, 1907, págs. 175 y ss.).

<sup>391</sup> Véase el caso de expulsión de Hugo Nanni (véase A. Martini, op. cit. pág. 73).

<sup>392</sup> Véase el caso de expulsión de Suiza, en 1901, de seis italianos, entre ellos un estudiante, que durante una manifestación pública habían gritado: “abajo el ejército” (ibíd., pág. 74).

<sup>393</sup> Véase el caso de expulsión de Francia de Ghio por haber desgarrado en Canet el pabellón francés (ibíd.).

<sup>394</sup> Citado por P. Fauchille, *Traité de droit international public*, t. I, 1ª parte, Paix, 1922, núm. 447, pág. 978.

<sup>395</sup> “Los comentaristas clásicos reconocían la potestad de expulsar a extranjeros pero solían afirmar que esa potestad sólo podía ejercerse cuando hubiera un motivo. Grocio habló del derecho soberano a expulsar a los extranjeros que desafían el orden político establecido del Estado que expulsa y se entregan a actividades sediciosas en él. Pufendorf se explayó sobre esa opinión. En la correspondencia diplomática antigua se expresa el mismo principio, con la misma salvedad”, Richard Plender, op. cit., pág. 461 (en referencia a H. Grocio, *De Jure ac Pacis*, Libri Tres, 1651, libro II, cap. II, pág. xvi; y S. Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium*, Libri Octo, 1866, libro III, cap. III, párr.10). “Además de los motivos económicos y sociales que hacen a alguien indeseable, a menudo las razones políticas, especialmente la guerra, han sido el fundamento de las órdenes de expulsión”, Edwin M. Borchard, op. cit. pág. 52. “Se puede ejercer la potestad de expulsar o deportar si la conducta o las actividades de un extranjero, después de haber sido admitido en el Estado, violan determinadas normas básicas. Entre esas conductas o actividades se pueden citar las siguientes: ... 4. Participar en actividades políticas indeseables”, Louis B.

174. Como se indicó anteriormente, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa confirmó, en la recomendación 769 (1975), la prohibición de expulsar a los extranjeros por motivos políticos o religiosos, incluidos los extranjeros en situación ilegal<sup>396</sup>.

175. Las legislaciones nacionales de algunos Estados prescriben la expulsión de un extranjero que: 1) intervenga en la política interna del Estado<sup>397</sup>, por ejemplo votando cuando no esté autorizado a hacerlo<sup>398</sup> o interfiriendo en el ejercicio del derecho a participar en la vida política que el Estado reserva a sus nacionales<sup>399</sup>; 2) sea miembro de un partido totalitario o fascista o de un partido que fomente la revolución mundial<sup>400</sup>; o 3) presente a las autoridades del Estado documentos u otra información que sean ideológicamente falsos<sup>401</sup>. La legislación pertinente puede autorizar expresamente la aplicación de sanciones penales además de la expulsión<sup>402</sup>.

176. Los tribunales nacionales de algunos Estados se han ocupado de casos de expulsión de extranjeros por razones relacionadas con su actividad política<sup>403</sup>. No obstante, la mayoría de esas expulsiones se han justificado por otros motivos, como el orden público o la seguridad nacional<sup>404</sup>.

---

Sohn y T. Buergenthal (eds.), op. cit., págs. 90 y 91. “La expulsión precedida de una sentencia judicial y la expulsión ordenada por el poder ejecutivo por motivos de política general son fácilmente distinguibles [de una expulsión aceptable por violación de la legislación interna], pero también en este caso, con respecto a la última, se acepta que la ‘política’ de cada nación debe determinar si se permitirá que el extranjero continúe residiendo en el país”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, págs. 206 y 207 (se omiten las citas).

<sup>396</sup> “Un extranjero sin permiso de residencia válido sólo puede ser expulsado del territorio de un Estado miembro por motivos jurídicos específicos que no sean políticos ni religiosos”, Consejo de Europa, recomendación 769 (1975), op. cit. párr. 9.

<sup>397</sup> Un Estado puede prohibir o limitar la participación del extranjero en su política interna o en sus asuntos públicos (Brasil, Ley de 1980, artículos 106 y 107; y República de Corea, Ley de 1992, artículo 17 2) y 3)), o en sus organizaciones culturales o de otro tipo (Brasil, Ley de 1980, artículos 107 a 109).

<sup>398</sup> Brasil, Ley de 1980, artículos 124 XI) y 127; y Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículos 212 a) 10) D) y 237 a) 6).

<sup>399</sup> Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 99 1) d).

<sup>400</sup> Belarús, Ley de 1998, artículo 14; y Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículos 101 a) 37), 40) y 50) e) y 212 a) 10) D).

<sup>401</sup> Argentina, Ley de 2004, artículos 29 a) y 62 a).

<sup>402</sup> Brasil, Ley de 1980, artículos 124 XI) y 125 a 127; y Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 99 2).

<sup>403</sup> Véanse, por ejemplo, *Perregaux*, Consejo de Estado, Francia, 13 de mayo de 1977, *International Law Reports*, vol. 74, E. Lauterpacht y C. J. Greenwood (eds.), págs. 427 a 430; *Bujacz c. État belge (Ministre de la justice)*, Consejo de Estado, Bélgica, 13 de julio de 1953, *International Law Reports*, 1953, H. Lauterpacht (ed.), págs. 336 y 337; *Lopez v. Howe, Immigration Commissioner*, Tribunal de Apelación de los Estados Unidos, Segundo circuito, 14 de mayo de 1919 [*Annual Digest of Public International Law Cases*, 1919-1922, Sir John Fischer Williams y H. Lauterpacht (eds.), causa núm. 177, págs. 252 y 253 (expulsión de un destacado filósofo anarquista)]; *Ex Parte Pettine*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Massachusetts, 3 de junio de 1919, *ibíd.*, causa núm. 176, págs. 251 y 252; *Galvan v. Press, Officer in Charge, Immigration and Naturalization Service*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 24 de mayo de 1954, *International Law Reports*, 1954, H. Lauterpacht (ed.), págs. 213 a 218.

<sup>404</sup> Véanse, por ejemplo, *Perregaux*, op. cit., pág. 429 (“El comportamiento de carácter político no es, de por sí, suficiente para proporcionar una justificación jurídica a la deportación de un extranjero cuya presencia en el territorio francés no constituya una amenaza para el orden público ni la confianza pública”); *Bujacz c. État belge (Ministre de la justice)*, Consejo de

## h) Motivo “cultural”

177. Este motivo tiene que ver con lo que ciertos Estados del Golfo Pérsico consideran actualmente como una “amenaza a la identidad”. Se informa de que, en un artículo reciente, Tarik Al Maena, de *Arab View*, expresa la inquietud de los países árabes por la “amenaza a la identidad” derivada de la presencia de un gran número de trabajadores extranjeros en su territorio. Según el Ministro de Trabajo de Bahrein, citado por esa fuente, “en ciertas regiones del Golfo, uno no sabe si se encuentra en un país árabe-musulmán o en una región asiática. En esos casos, no se puede hablar de ‘diversidad’. Ninguna nación del planeta puede aceptar una erosión de su cultura en su propio ‘territorio’”<sup>405</sup>. Según el periodista Al Maena, el Ministro de Trabajo de Bahrein ha anunciado que su país propondrá la introducción de un límite máximo de seis años para los permisos de trabajo emitidos a extranjeros que trabajan en los países del Golfo. Esa propuesta se presentaría a la cumbre del Consejo de Cooperación del Golfo (integrado por la Arabia Saudita, Bahrein, los Emiratos Árabes Unidos, Kuwait, Omán y Qatar), que se celebraría en Doha en diciembre de 2007. Esa propuesta se presentó en el contexto de una gran preocupación por la erosión de las costumbres sociales y culturales locales. Según el Ministro de Trabajo, “la mayoría de los trabajadores extranjeros proviene de medios culturales y sociales que no se pueden asimilar o adaptar a las costumbres locales”<sup>406</sup>. Además, acaparan puestos de trabajo que la mano de obra local necesitará imperiosamente. El Ministro de Trabajo de los Emiratos Árabes Unidos, Ali Bin Abdullah Al Káabi, indicó que su país compartía las preocupaciones de Bahrein y que, con más de 14 millones de trabajadores migratorios en la región, esa cuestión figuraría con carácter prioritario en el programa de la cumbre del Consejo de Cooperación del Golfo ya citada. El periodista Al Meena concluye diciendo: “La propuesta de Bahrein, de ser aceptada, enviará a los 14 millones de migrantes que viven actualmente en los países del Consejo de Cooperación del Golfo un mensaje claro de que ha llegado el momento de considerar otras posibilidades. Para algunos de ellos, esa situación será dolorosa, porque han llevado a sus familias a un país del Golfo que han considerado como su hogar de adopción”<sup>407</sup>.

178. Desde cualquier perspectiva que se lo considere, ese motivo de expulsión es contrario al derecho internacional.

179. Desde el punto de vista cultural, infringe la regla de la no discriminación enunciada en diversas convenciones internacionales, especialmente las citadas en el

---

Estado, Bélgica, 13 de julio de 1953, *International Law Reports*, 1953, H. Lauterpacht (ed.), págs. 336 y 337, en especial pág. 337 (“El demandante sostiene que los extranjeros tienen derecho a gozar de la ‘libertad de pensamiento’ y la ‘libertad de asociación política’; no obstante, el disfrute de esas libertades por los extranjeros está necesariamente limitado por disposiciones jurídicas que, en aplicación del artículo 128 de la Constitución, permiten castigar con la expulsión las actividades consideradas perjudiciales para la seguridad del país”); *In re Everardo Diaz*, Tribunal Federal Supremo del Brasil, 8 de noviembre de 1919, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1919-1922, Sir John Fischer Williams y H. Lauterpacht (eds.), causa núm. 179, págs. 254 a 257, en especial págs. 255 y 256 (“El Estado no tenía ninguna obligación de asumir la difícil tarea, a veces infructuosa, de vigilar constantemente las acciones de extranjeros que ponen en práctica sus teorías. No hace falta esperar a que esos extranjeros lleven a cabo actos manifiestos”) (en relación con la expulsión de un anarquista).

<sup>405</sup> Fuentes: “Expatriates’ Impact on Gulf’s Labor, Social Situation” por Tarik Al Maena, 27 de octubre de 2007, [http://www.arabview.com/articles.asp? Article 921](http://www.arabview.com/articles.asp?Article%20921).

<sup>406</sup> *Ibid.*

<sup>407</sup> *Ibid.*

párrafo 147 de nuestro quinto informe<sup>408</sup>. A este respecto, cabe observar que la Carta Árabe de Derechos Humanos, aprobada por el Consejo de la Liga de los Estados Árabes el 15 de septiembre de 1994, contiene disposiciones que enuncian expresa o implícitamente esa regla. En particular, el artículo 2 dispone: “Cada Estado parte en la presente Carta se compromete a respetar y garantizar todos los derechos y todas las libertades proclamadas en dicha Carta a todos los individuos que se encuentran en sus territorios y bajo sus jurisdicciones, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, nacimiento o cualquier otra situación; y sin distinción alguna entre hombres y mujeres”. El artículo 3 refuerza en cierta forma esa obligación, al estipular que: “a) no se podrá admitir ninguna restricción o derogación de los derechos humanos fundamentales reconocidos o en vigor en todos los Estados partes en la presente Carta en virtud de las leyes, las convenciones o las costumbres, con el pretexto de que la presente Carta no les reconoce esos derechos o se los reconoce en menor grado; b) no se admitirá de ninguno de los Estados partes en la presente Carta restricción o derogación alguna de los derechos fundamentales reconocidos en dicha Carta con la excusa de que los ciudadanos de otro Estados se benefician de ellos en menor grado”.

180. Desde el punto de vista del derecho relativo a los trabajadores extranjeros, no cabe duda de que dicha política infringiría las disposiciones pertinentes de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, en particular su artículo 7. Además, cabe recordar que desde hace largo tiempo se ha considerado que “la abundancia de mano de obra” no se puede alegar como motivo de expulsión. Según Martini, esa cuestión fue estudiada sobre todo al final del siglo XIX, “durante la exclusión de los chinos de los Estados Unidos, de 1888 a 1892”<sup>409</sup>. “Según los autores de la época, la ciencia del derecho internacional no admite que la protección del trabajo sea una razón suficiente para decidir la expulsión de toda una categoría de individuos”<sup>410</sup>. Esa opinión sigue constituyendo la doctrina aceptable en nuestros días.

#### i) Entrada ilegal

181. La violación de las leyes de inmigración del Estado al que se entra se ha reconocido como un motivo válido para expulsar a un extranjero, tanto en la práctica de los Estados como en la doctrina<sup>411</sup>.

<sup>408</sup> A/CN.4/611, de 27 de marzo de 2009, párrs. 146 y ss.

<sup>409</sup> A. Martini, op. cit., pág. 62.

<sup>410</sup> J.-A. Darut, *L'expulsion des étrangers*, op. cit., pág. 50. Este autor dice también que “la protección del trabajo no es, por sí sola, motivo suficiente de no admisión ni, por lo tanto, de expulsión (ibid., pág. 51 *in fine*).

<sup>411</sup> “La práctica estatal acepta que la expulsión está justificada: a) cuando se entra infringiendo la ley ...”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 262. “La entrada de forma ilegal puede dar lugar a la expulsión del extranjero dado que la entrada no estaba justificada”, Karl Doehring, “Aliens, Expulsion and Deportation”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. I, 1992, pág. 108. “Muy frecuentemente puede ordenarse la deportación de un extranjero ... por incumplimiento de la ley de inmigración”, Richard Plender, op. cit., págs. 467 y 468 (se omite la cita). “El extranjero podrá ser expulsado o deportado en cualquier momento si se descubre posteriormente que entró en el país de forma ilegal, a menos que el extranjero pueda acogerse a una ley interna de limitación, amnistía o perdón”. Louis B. Sohn and T. Buergenthal (eds.), op. cit., pág. 90. Véanse también

182. El Relator Especial sobre los derechos de los no ciudadanos, David Weissbrodt, al señalar que los extranjeros ilegales no deberían ser tratados como delincuentes, reconoció en términos generales el derecho de un Estado a exigir que estas personas salieran de su territorio:

“Hay un margen significativo para que los Estados apliquen su política de inmigración y exijan la salida de las personas que se hallen presentes en forma ilegal. Esa discrecionalidad, sin embargo, no es ilimitada y no podrá ejercerse de manera arbitraria. Un Estado podría requerir, con arreglo a su derecho interno, la salida de personas que permanezcan en su territorio más tiempo que el permitido por los permisos de duración limitada.”<sup>412</sup>

183. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en relación con el caso *Amnesty International c. Zambia*, ha reconocido que la presencia ilegal de un extranjero en el territorio de un Estado es un motivo válido de expulsión:

“La Comisión no desea cuestionar ni está poniendo en tela de juicio el derecho de un Estado a tomar medidas jurídicas contra los inmigrantes ilegales y deportarlos a su país de origen, si los tribunales competentes así lo deciden. No obstante, considera que es inaceptable deportar a las personas sin darles la posibilidad de defenderse ante el tribunal nacional competente, ya que ello es contrario al espíritu y la letra de la Carta y al derecho internacional.”<sup>413</sup>

184. Como señalan algunos autores, si bien las leyes de algunos Estados disponen que los extranjeros que hayan entrado en su territorio de manera ilegal podrán ser excluidos en lugar de expulsados en determinados casos<sup>414</sup>, la legislación nacional de otros Estados reconoce la entrada ilegal como motivo válido para expulsar a un extranjero<sup>415</sup>. La entrada ilegal puede considerarse un motivo para expulsar a alguien que se encuentra en un país o es residente en éste sin haber recibido

---

*Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, op. cit., artículo 28, párrs. 1 y 2. El examen que sigue, sobre los motivos de expulsión enumerados de i) a n) se han tomado de “Expulsión de extranjeros, Memorando de la Secretaría”, op. cit., párrs. 326 a 339, 377 a 380, 381 a 390, 408 a 417 y 422.

<sup>412</sup> “*Les droits des non-ressortissants*”, informe final del Relator Especial David Weissbrodt, presentado en cumplimiento de la decisión 2000/103 de la Subcomisión, de la resolución 2000/104 de la Comisión y de la decisión 2000/283 del Consejo Económico y Social, párr. 29.

<sup>413</sup> Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Comunicación núm. 159/96, *Union Interafricaine des Droits de l'Homme, Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme, Rencontre Africaine des Droits de l'Homme, Organisation Nationale des Droits de l'Homme au Sénégal et Association Malienne des Droits de l'Homme c. Angola*, undécimo informe anual de actividades, 1997-1998, párr. 20.

<sup>414</sup> Véase *Seyoum Faisa Joseph v. U.S. Immigration & Naturalization Service*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, cuarto circuito, 20 de mayo de 1993, núm. 92-1641 (“El Sr. Joseph llegó al país como polizón y por lo tanto entra dentro de la calificación de “excluable” con arreglo a lo dispuesto en la Ley de inmigración y nacionalidad”).

<sup>415</sup> “En la mayoría de las disposiciones que regulan la inmigración, el derecho de expulsión o deportación es una sanción en las disposiciones relativas a la exclusión, y numerosas exclusiones se basan en la acusación de estar presente en el territorio infringiendo la legislación de éste o las disposiciones relativas a la admisión de extranjeros”, Edwin M. Borchard, op. cit., págs. 51 y 52. “En los ordenamientos jurídicos internos examinados se observa una gran uniformidad en cuanto a la determinación de los motivos de expulsión. En general, cualquier extranjero podrá ser deportado si entra dentro de las siguientes categorías: 1. Entrar infringiendo la legislación de inmigración ...”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 255.

autorización previa, o que por alguna otra razón no sea susceptible de admisión<sup>416</sup>. La entrada ilegal de forma no intencionada de un extranjero, o la admisión accidental de alguien que entra ilegalmente en un Estado, puede o no dar lugar, con arreglo a la ley, a que el Estado dé legitimidad a la entrada<sup>417</sup>. Los polizones, estén definidos<sup>418</sup> o no<sup>419</sup> como una categoría especial de extranjeros en la legislación pertinente, podrán ser objeto de expulsión bien por su condición<sup>420</sup> o bien por los mismos motivos que los demás extranjeros.

185. Entre los motivos específicos de expulsión relacionados con la entrada ilegal se encuentran las situaciones en las que un extranjero: 1) entra o intenta entrar cuando las fronteras se han cerrado temporalmente para los extranjeros<sup>421</sup> o para un grupo específico de extranjeros<sup>422</sup>, o a través de un lugar o en un momento en que no está autorizada la entrada<sup>423</sup>; 2) elude, obstruye o intenta eludir u obstruir los controles de inmigración o a las autoridades encargadas de estos controles<sup>424</sup>, incluida una inspección de entrada<sup>425</sup> o el pago de una tasa obligatoria<sup>426</sup>; 3) carece

<sup>416</sup> Véase, por ejemplo, China, Disposiciones de 2003, artículo 182; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 237 a) 1) A), H); Nigeria, Ley de 1963, artículos 19 y 46; y Paraguay, Ley de 1996, artículo 38.

<sup>417</sup> En Nigeria, una entrada ilegal permitida por “inadvertencia” de las autoridades competentes puede seguir siendo ilegal y constituir un motivo de expulsión (Nigeria, Ley de 1963, artículo 19 2)). Los Estados Unidos permiten que se retire el visado a un “inmigrante preferente” si se comprueba que no cumple las condiciones para ello (Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 206). En el Brasil, una entrada “irregular” puede considerarse “no intencionada” y dar lugar a que el extranjero reciba una notificación de abandonar el territorio en un plazo inferior al que tendría si éste hubiese cometido determinadas infracciones (Brasil, Decreto de 1981, artículo 98).

<sup>418</sup> Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 101 a) 49).

<sup>419</sup> Kenya, Ley de 1967, artículo 8; y Nigeria, Ley de 1963, artículo 28 1), y Reglamento de 1963 (L.N. 93), artículos 1 2) y 8 2).

<sup>420</sup> Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículos 212 a) 6) D) y 235 a) 2); y Kenya, Ley de 1967, artículo 8.

<sup>421</sup> Kenya, Ley de 1973, artículo 3 1) a); y Suecia, Ley de 1989, artículo 12.4.

<sup>422</sup> Australia, Ley de 1958, artículos 177, 189, 190, 198, 230, 249 1) a) y 251; y Nigeria, Ley de 1963, artículo 25.

<sup>423</sup> Argentina, Ley de 2004, artículos 29 y 37; Australia, Ley de 1958, artículos 189 y 190; Chile, Decreto de 1975, artículos 3 y 69; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículos 212 a) 6) A), 271 b) y 275 a) 1), b); Guatemala, Decreto Ley de 1986, artículo 74; Japón, Orden de 1951, artículo 2; Nigeria, Ley de 1963, artículo 16; Paraguay, Ley de 1996, artículo 79 3); República Checa, Ley de 1999, artículo 9 1); y Túnez, Ley de 1968, artículo 4.

<sup>424</sup> Argentina, Ley de 2004, artículos 29 y 37; Australia, Ley de 1958, artículos 190, 230 a 231 y 233; Brasil, Ley de 1980, artículo 124 I); Chile, Decreto de 1975, artículo 69; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 275 a) 2); Guatemala, Decreto Ley de 1986, artículo 74; Italia, Decreto Legislativo núm. 286 de 1998, artículo 13 2) a), y Ley núm.40 de 1998, artículo 11 2); Japón, Orden de 1951, artículo 24 2); Nigeria, Ley de 1963, artículo 46; Paraguay, Ley de 1996, artículos 79 3) y 81 1); y Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 99. En función de dichas Leyes podrá determinarse que las personas son polizones (Australia, Ley de 1958, artículos 230 a 231 y 233). A fin de identificar y excluir a dichos polizones, los Estados podrán exigir a los barcos que atraquen que presenten los manifiestos de carga a las autoridades pertinentes (Australia, Ley de 1958, artículo 231; y Nigeria, Reglamento de 1963 (L.N. 93) artículo 8 2)) o permitir el registro del barco por las autoridades competentes (República de Corea, Ley de 1992, artículos 69 a 71).

<sup>425</sup> Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 275 a) 2); Nigeria, Ley de 1963, artículo 16; Reino Unido, Ley de 1971, artículo 8 1) c); y República de Corea, Ley de 1992, artículo 46 3).

<sup>426</sup> Polonia, Ley núm. 1775 de 2003, artículo 21 1) 1).



de los documentos necesarios<sup>427</sup> o presenta documentos que están dañados o son inutilizables<sup>428</sup>; 4) presenta documentos falsos o equívocos o cualquier otro tipo de información de esas características<sup>429</sup>; 5) no obtiene, por cualquier razón, tras cruzar la frontera, los documentos de entrada necesarios, no corrige una infracción o no regulariza su condición de extranjero<sup>430</sup>; 6) infringe las condiciones de su

<sup>427</sup> En este sentido el extranjero puede no estar en posesión de parte o la totalidad de la documentación necesaria, incluidos pasaportes o visados, no presentarla o no cumplir los requisitos para disponer de ella, o bien no facilitar parte o la totalidad de la información requerida (Australia, Ley de 1958, artículos 177, 190, 229 y 233A; Belarús, Decisión del Consejo de 1999, artículo 2, y Ley de 1993, artículo 20 4); Brasil, Ley de 1980, artículos 124 VI) y 127; Chile, Decreto de 1975, artículos 15 7) y 65 1); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículos 212 a) 7) y 275 a); Francia, Código, artículo L511-1 1); Italia, Decreto Legislativo núm. 286 de 1998, artículo 10, y Ley núm. 40 de 1998, artículo 5; Japón, Orden de 1951, artículo 24 1) y 2); Kenya, Ley de 1967, artículo 4 2) y 7; Nigeria, Ley de 1963, artículos 18 y 46 3) b); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículos 58 y 60; Paraguay, Ley de 1996, artículo 79 1); Polonia, Ley núm. 1775 de 2003, artículo 21 1); República Checa, Ley de 1999, artículo 9 1); Túnez, Ley de 1968, artículo 5. La entrada del extranjero también puede ser ilegal por disponer éste de un visado o cualquier otro documento necesario que haya sido cancelado o sea susceptible de serlo antes de su entrada, aún cuando esta se produzca durante una estancia que, por lo demás, sea legal (Australia, Ley de 1958, artículos 229, 232 y 252; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 47 1) d), 3); Chile; Decreto de 1975, artículo 65; Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 13 4); República Checa, Ley de 1999, artículo 9 1); y Suecia, Ley de 1989, artículos 2.9 y 2.10), o en el supuesto de que el visado del extranjero tenga una duración insuficiente para cubrir la totalidad de la estancia prevista de éste (República Checa, Ley de 1999, artículo 9 2) y 3)).

<sup>428</sup> Dichos documentos pueden ser ilegibles, estar dañados o incompletos por cualquier otro motivo, o tratarse de documentos a los que el Estado no haya añadido las autorizaciones o marcas necesarias (Bulgaria, Ley de 1998, artículo 3; República Checa, Ley de 1999, artículo 9 1) a 3)).

<sup>429</sup> Argentina, Ley de 2004, artículos 29 a) y 35; Australia, Ley de 1958, artículos 233 A, 234 y 236; Belarús, Ley de 1993, artículo 20 (4); Brasil, Ley de 1989, artículos 64, 124 (XIII) y 127; Bulgaria, Ley de 1998, artículo 3; Canadá, Ley de 2001, artículo 40 1) a) y b); Chile, Decreto de 1975, artículos 63 3), 65 1) y 2) y 68; China, Ley de 1986, artículos 29 y 30; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículos 212 a) 6) C) y 275 a) 3); Federación de Rusia, Ley núm. 115-FZ (2002), artículos 7 4), 9 4) y 18 9) 4), y Ley de 1996, artículo 26 5); Guatemala, Reglamento de 1999, artículo 97 y Decreto Ley de 1986, artículo 73; Italia, Decreto Legislativo núm. 286 (1998), artículos 4, 8 y 10; Japón, Orden de 1951, artículos 22-4 1) a 4) y 24 3); Kenya, Ley de 1967, artículo 7; Nigeria, Ley de 1963, artículo 46 3) a); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 61; Paraguay, Ley de 1996, artículos 38, 79 1), 81 2), 108 1) y 110 11); Polonia, Ley núm. 1775 (2003), artículo 21 4); Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 13 4); República Checa, Ley de 1999, artículo 9 1); República de Corea, Ley de 1992, artículos 46 1) y 2) y 89 1) y 2); Reino Unido, Ley de 1971, artículos 24 1) a) y 33 1) (modificada por la Ley de asilo e inmigración de 1996); y Suecia, Ley de 1989, artículos 2.9, 2.10 y 7.18. Sobre esta base, el extranjero puede ser considerado como polizón (Japón, Orden de 1951, artículo 74).

<sup>430</sup> Australia, Ley de 1958, artículos 181 2) a 3), 182 y 198; Ecuador, Ley de 2004, capítulo 7 (disposiciones transitorias); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 206; Federación de Rusia, Ley de 1996, artículo 26 1); e Italia, Decreto Legislativo núm. 286 de 1998, artículo 13 2) b).

presencia transitoria en el territorio del Estado<sup>431</sup>; o 7) es considerado persona indeseable<sup>432</sup> o inadecuada por cualquier otro motivo para entrar en el territorio del Estado por su estilo de vida o sus presuntas características personales<sup>433</sup>, o por haber infringido en el pasado las condiciones de entrada o permanencia en dicho Estado<sup>434</sup>.

186. La expulsión de un extranjero por este motivo puede verse afectada por: 1) la ruta de llegada del extranjero<sup>435</sup>; 2) consideraciones internacionales, como la existencia de un acuerdo especial entre el Estado de nacionalidad del extranjero y el Estado al que éste entró<sup>436</sup>, cualquier acuerdo o convención internacional pertinente<sup>437</sup> o la solicitud o el requerimiento de un órgano internacional<sup>438</sup>; 3) consideraciones intertemporales, como el momento de entrada del extranjero en relación con la entrada en vigor de la legislación pertinente<sup>439</sup>, o la ley en vigor en

<sup>431</sup> Belarús, Ley de 1998, artículo 26; Brasil, Ley de 1980, artículos 56 1), 124 IX) y 127; Chile, Decreto de 1975, artículo 85; China, Ley de 1986, artículos 29 y 30; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículos 237 a) y 252; Federación de Rusia, Ley de 1996, artículo 25.10 y Código Administrativo, capítulo 18, artículo 18.8; Irán, Ley de 1931, artículo 11 b); Japón, Orden de 1951, artículos 16 6) y 7), 24 4) a 6) y 6A); Nigeria, Ley de 1963, artículos 11 y 27; Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 61; República de Corea, Ley de 1992, artículo 89 1); y Suecia, Ley de 1989, artículo 9.3. Sobre esta base podrá determinarse que un extranjero es polizón o está en condición similar (Nigeria, Ley de 1963, artículo 28).

<sup>432</sup> Australia, Ley de 1958, artículo 5, 16; Belarús, Ley de 1993, artículo 20 6); Brasil, Ley de 1980, artículo 61; Federación de Rusia, Ley de 1996, artículo 25.10; Kenya, Ley de 1967, artículo 3 1) f); Paraguay, Ley de 1996, artículo 79 5); Polonia, Ley núm. 1775 de 2003, artículo 21 1) 2); República Checa, Ley de 1999, artículo 9 1); y Suiza, Ley Federal de 1931, artículo 13 1). Nigeria permite que los ministros competentes denieguen la entrada a cualquier extranjero o categoría de extranjero en los casos en que esos ministros consideren oportuna dicha denegación en interés del bien público (Nigeria, Ley de 1963, artículo 18 2)).

<sup>433</sup> En relación con este punto, el extranjero podría practicar la poligamia (Francia, Código, artículo L521-2 1); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 212 a) 10) A)), o considerarse por cualquiera otra razón que no cumple los requisitos para establecerse en el país u obtener la ciudadanía (Argentina, Ley de 2004, artículo 29 j); y Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 212 a) 8)).

<sup>434</sup> Por ejemplo, el extranjero podría haber incumplido en una estancia anterior los requisitos establecidos para salir del país por el Estado expulsor (Federación de Rusia, Ley de 1996, artículo 26 5) y 6)) o, de manera más general, las leyes u obligaciones establecidas para los extranjeros (Belarús, Ley de 1993, artículo 20 3); y República Checa, Ley de 1999, artículo 9 1)).

<sup>435</sup> Nigeria, Ley de 1963, artículos 16 y 25.

<sup>436</sup> Italia, Decreto Legislativo Núm. 286 de 1998, artículo 4; y República Checa, Ley de 1999, artículo 9. Este puede ser el caso, por ejemplo, del Acuerdo de Schengen (Código de Francia, artículo L621-2; y Portugal, Decreto Ley de 1998, artículos 13 4), 25 1), 120 y 126 3)), o bien en el caso del Commonwealth (Nigeria, Ley de 1963, artículos 10 1) y 18 4)), de la Unión Europea (Italia, Decreto Legislativo núm. 286 de 1998, artículo 5 12), y Ley núm. 40 de 1998, artículo 5 7)) o el de la Organización Internacional para las Migraciones (Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 126A 1)).

<sup>437</sup> España, Ley de 2000, artículo 26 1); Italia, Decreto Legislativo núm. 286 de 1998, artículo 5 11), y Ley núm. 40 de 1998, artículo 5 6); República Checa, Ley de 1999, artículo 9 1) a 3); y Suecia, Ley de 1989, artículo 4.2 5).

<sup>438</sup> Reino Unido, Ley de 1971, artículo 8B 5) (modificado por la Ley de inmigración y asilo de 1999).

<sup>439</sup> Australia, Ley de 1958, artículo 251 6) c); Ecuador, Ley de 2004, capítulo 7 (disposiciones transitorias); Francia, Código, artículo L541-4; e Italia, Ley núm. 40 de 1998, artículo 11 15).

el momento de la entrada del extranjero<sup>440</sup>; o 4) el tiempo transcurrido desde la entrada del extranjero en el territorio del Estado<sup>441</sup>.

187. La legislación nacional pertinente puede permitir de manera expresa la aplicación de sanciones penales además de la expulsión en caso de que existan motivos vinculados a la entrada ilegal<sup>442</sup>. Asimismo, puede especificar que la expulsión tendrá lugar una vez cumplida la condena impuesta<sup>443</sup>. Los Estados podrán aplicar a los familiares a cargo del extranjero los motivos de expulsión que se apliquen a éste en relación con la entrada ilegal<sup>444</sup>.

188. En algunos países, la práctica establecida, puesta de manifiesto en las decisiones de los tribunales nacionales, confirma también la validez de la expulsión por motivos de entrada o presencia ilegales<sup>445</sup>. No obstante, en los casos en que una persona ha mantenido su residencia en un Estado por un período largo, algunos tribunales han considerado que la mera presencia ilegal no es suficiente para justificar una decisión de expulsión<sup>446</sup>.

#### j) Incumplimiento de las condiciones de admisión

189. Un extranjero podrá ser admitido legalmente en el territorio de un Estado de conformidad con su legislación en materia de inmigración, con sujeción a determinadas condiciones relativas a la admisión o la permanencia del extranjero en el Estado. Si el extranjero no respeta esas condiciones, su situación podrá pasar a ser ilegal: en la práctica de los Estados, el incumplimiento de las condiciones de admisión o permanencia es un motivo válido de expulsión<sup>447</sup>.

190. La legislación nacional de varios Estados dispone la expulsión de los extranjeros que hayan infringido las condiciones de admisión, como las relativas a la duración de la estancia, la finalidad de ésta y las actividades permisibles durante la estancia en el territorio de ese Estado<sup>448</sup>. El incumplimiento de las condiciones de

<sup>440</sup> Australia, Ley de 1958, artículo 14 2); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 237 a) 1) A); y Kenya, Ley de 1967, artículo 3 1) i);.

<sup>441</sup> Suecia, Ley de 1989, artículo 4.2.

<sup>442</sup> Chile, Decreto de 1975, artículos 68 y 69; China, Ley de 1986, artículo 29; Paraguay, Ley de 1996, artículo 108 1); Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 99 2); y Reino Unido, Ley de 1971, artículo 24 1) a).

<sup>443</sup> Chile, Decreto de 1975, artículo 69; y Guatemala, Decreto Ley de 1986, artículo 74.

<sup>444</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 42 a) y b).

<sup>445</sup> Véase, por ejemplo, *United States ex rel. Tom Man v. Murff, District Director, INS*, Tribunal de Apelación de los Estados Unidos, segundo circuito, 264 F.2d 926, 3 de marzo de 1959, *Khan v. Principle Immigration Officer*, Tribunal Supremo de Sudáfrica, Sala de Apelaciones, 10 de diciembre de 1951.

<sup>446</sup> Véase, por ejemplo, *In re Rojas et al.*, causa del extranjero apátrida (Alemania), República Federal de Alemania, Tribunal Federal Administrativo de Apelaciones, 30 de septiembre de 1958; *Re Sosa*, op. cit.

<sup>447</sup> “La facultad de expulsar o deportar podrá ejercerse cuando el comportamiento o las actividades del extranjero tras haber sido admitido en un Estado infrinjan determinadas normas básicas. Entre estos comportamientos o actividades cabe mencionar: 1. La residencia o permanencia en el territorio en infracción de las condiciones de entrada ...”, Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), op. cit., págs. 90 y 91. “La práctica de los Estados acepta que la expulsión está justificada ... b) por incumplimiento de las condiciones de admisión ...”, Guy S. Goodwin-Gill, op. cit., pág. 262.

<sup>448</sup> “Los ordenamientos jurídicos nacionales examinados recogen una uniformidad quizás poco notable a la hora de determinar los motivos de expulsión. En general, el extranjero podrá ser susceptible de deportación si está comprendido en uno o varios de los supuestos siguientes:

admisión como motivo de expulsión puede referirse de manera general a la residencia o presencia ilegal<sup>449</sup>, la falta de motivos que justifiquen la estancia del extranjero<sup>450</sup>, la condición de indeseable del extranjero<sup>451</sup>, la infracción de cualquier aspecto de la legislación pertinente<sup>452</sup> o el incumplimiento de alguna de las condiciones de estancia o residencia<sup>453</sup>. Entre los motivos específicos de expulsión cabe citar: el incumplimiento por parte del extranjero de la obligación de salir del país tras el vencimiento del permiso o del período de estancia autorizado<sup>454</sup>, el carácter defectuoso del permiso<sup>455</sup>, la revocación del permiso o su denegación cuando no afecta a la condición de ciudadano protegido<sup>456</sup>, el hecho de

---

incumplimiento de las condiciones de entrada; por ejemplo, trabajar sin permiso de trabajo”, Guy S. Goodwin-Gill, *op. cit.*, pág. 255. El examen de las legislaciones y la jurisprudencia nacionales sobre esta cuestión se ha tomado del documento “Expulsión de extranjeros, Memorando de la Secretaría”, *op. cit.*, párrs. 335 a 338.

- <sup>449</sup> China, Ley de 1986, artículos 27, 29 y 30, Reglamento de 1986, artículo 42; Croacia, Ley de 2003, artículo 56; Kenya, Ley de 1967, artículo 4 2); Lituania, Ley de 2004, artículo 126 1) y 2); y Portugal, Decreto ley de 1998, artículo 99 1) a).
- <sup>450</sup> Austria, Ley de 2005, artículo 3.54 1) 2); Bulgaria, Ley de 1998, artículo 61 1) 4); y España, Ley de 2000, artículo 28 3) c).
- <sup>451</sup> Australia, Ley de 1958, artículos 5 y 16; y Federación de Rusia, Ley de 1996, artículo 25.10.
- <sup>452</sup> Argentina, Ley de 2004, artículos 29 k) y 62 a); Belarús, Ley de 1993, artículos 24 y 25 3) y 4); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 27 1) a) y 47 1) a); Canadá, Ley de 2001, artículo 41 a); Chile, Decreto de 1975, artículos 64 5) y 6) y 66; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 237 a) 1) B); España, Ley de 2000, artículo 53 e); Federación de Rusia, Ley núm. 115-SZ de 2002, artículos 7 7) y 9 7), 19 9) y 7) y Ley de 1996, artículo 26 4); Grecia, Ley de 2001, artículo 44 1) b); Irán, Ley de 1931, artículo 11 a); Kenya, Ley de 1967, artículo 3 l) j); Nigeria, Ley de 1963, artículo 46 1) b); Noruega, Ley de 1988, artículo 29 a); Paraguay, Ley de 1996, artículos 34 6) y 37; República de Corea, Ley de 1992, artículo 89 1) 5); y Suiza, Ley federal de 1931, artículo 13 1). Paraguay también permite la expulsión por motivos establecidos en una ley especial (Paraguay, Ley de 1996, artículo 81 6)).
- <sup>453</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 62 d); Brasil, Ley de 1980, artículos 124 (XVI) y 127; Bulgaria, Ley de 1998, artículo 61 1) 4); Chile, Decreto de 1975, artículo 64 8), 66; República de Corea, Ley de 1992, artículos 46 1) 7) a 8), 68 1) 3) y 89 1) 3); y Suiza, Ley Federal de 1931, artículo 13 1).
- <sup>454</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 57 1) a); Brasil, Ley de 1980, artículos 124 II) y 127; Chile, Decreto de 1975, artículo 71; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 212 a) 9) B) y C); España, Ley de 2000, artículos 53 a) y 57 1); Federación de Rusia, Ley de 1996, artículo 25.10, y Código administrativo, cap. 18, artículo 18.8; Finlandia, Ley de 2004, artículo 143 3); Francia, Código, artículos L511-1 2) y L621-1; Guatemala, Decreto Ley de 1986, artículo 76; Italia, Decreto Legislativo núm. 286 de 1998, artículo 13 2) e); Japón, Orden de 1951, artículo 24 2), 3 4) b), 7); Madagascar, Decreto de 1994, artículo 18 y Ley de 1962, artículo 12; Nigeria, Ley de 1963, artículo 19 1) y 4); Paraguay, Ley de 1996, artículo 81 3); y Suecia, Ley de 1989, artículo 4.3; y.
- <sup>455</sup> Ello puede incluir: 1) la eliminación de las circunstancias o motivos que justificaron la decisión previa de conceder el permiso (Argentina, Ley de 2004, artículo 62 c); Australia, Ley de 1958, artículos 198 1A) y 198B; Belarús, Ley de 1993, artículo 24; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 27 1) e) y 47 1) e); Federación de Rusia, Ley núm. 115-SZ de 2002, artículo 2; Italia, Ley de 2005, artículo 2; República de Corea, Ley de 1992, artículo 89 1) 4); y Suecia, Ley de 1989, artículo 8.16) o 2) el descubrimiento de motivos que, de haberse conocido previamente, hubieran impedido la concesión del permiso (Austria, Ley de 2005, artículo 3.54 1) 1)).
- <sup>456</sup> Belarús, Decisión del Consejo de 1999, artículo 2 y Ley de 1998, artículo 28; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 47 1) h) y 57 1) b); Brasil, Ley de 1980, artículos 124 X) y 127; China, Disposiciones de 1992, artículo I iii); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 237 a) 1) B); Federación de Rusia, Ley núm. 115-SZ de 2002, artículos 2 y 31 1) y 2); Finlandia Ley de 2004, artículo 168 1); Francia, Código, artículo L511-3) y 6); Italia, Decreto Legislativo núm. 286 de 1998, artículos 5 10) a 11), 8 y 13 2) c), y Ley núm. 40 de 1998, artículos 5 5) y 6) y 11 2) b); Japón, Orden de 1951, artículo 24 2) 2); Paraguay, Ley de

que el extranjero no solicite o cumpla los requisitos para obtener el permiso necesario o no disponga de él<sup>457</sup>, la existencia de obstáculos para que el extranjero se establezca en el Estado<sup>458</sup>, el hecho de que el matrimonio del extranjero no sea suficiente para determinar el derecho a permanecer<sup>459</sup>, o la presentación de documentos e información falsos o equívocos con cualquier fin dirigido a la permanencia al margen del matrimonio<sup>460</sup>.

191. También puede haber motivos relacionados con el incumplimiento de las condiciones de admisión cuando el extranjero no se ajuste a los requisitos o expectativas de integración o asimilación<sup>461</sup>, exista una restricción relativa a la residencia o al lugar de la estancia<sup>462</sup> o una obligación o previsión establecida para todos los extranjeros o para ese extranjero en particular o en su calidad de miembro de un grupo<sup>463</sup>, como la de inscribirse o notificar a las autoridades cuando así se requiera, como en el caso de pérdida de los documentos pertinentes o cuando el

---

1996, artículo 81 4); República de Corea, Ley de 1992, artículo 68 1) 3); Suecia, Ley de 1989, artículo 4.3; y Suiza, Ley Federal de 1931, artículo 12 3); y.

<sup>457</sup> Chile, Decreto de 1975, artículos 31 y 72; Croacia, Ley de 2003, artículo 52; España, Ley de 2000, artículos 53 a) y g) y 57 1); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad artículos 206 y 246; Federación de Rusia, Ley de 1996, artículos 25.10 y 27 4), y Código administrativo, cap. 18, artículo 18.8; Finlandia, Ley de 2004, artículos 149 1) 1) y 168 2); Italia, Decreto Legislativo núm. 286 de 1998, artículos 13 2) b) y 14 5ter) a 5quinques), y Ley núm. 40 de 1998, artículos 5 7) y 11 2) b); Nigeria, Ley de 1963, artículo 10 5); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 58; y Polonia, Ley núm. 1775 de 2003, artículo 88 1) 1). Un Estado podrá, no obstante, imponer sanciones sin incluir expresamente la expulsión por dichas infracciones (España, Ley de 2000, artículos 53 y 57; Federación de Rusia, Código administrativo, cap. 18, artículo 18.8; y Paraguay, Ley de 1996, artículo 112 1)).

<sup>458</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 29 j).

<sup>459</sup> Puede tratarse de: 1) la invalidez, el carácter fraudulento o cualquier otro defecto del matrimonio sobre la base del cual se hubiera concedido el permiso (Belarús, Ley de 1998, artículo 15; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículos 216 b), 237 a) 1) G) y 275 c); Federación de Rusia, Ley núm. 115-FZ de 2002, artículos 7 12) y 9 12); y Hungría, Ley de 2001, artículo 32 2) h)); o 2) el hecho de que, en general, el matrimonio no afecta a la condición del extranjero (Madagascar, Decreto de 1994, artículo 18).

<sup>460</sup> Argentina, Ley de 2004, artículos 29 a) y 62 a); Belarús, Ley de 1998, artículos 14 y 15; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 27 1) f) y 47 1) f); Brasil, Ley de 1980, artículos 64 a), 124 (XIII) y 127; Chile, Decreto de 1975, artículos 64 2) y 66; China, Ley de 1986, artículos 29 y 30, y Reglamento de 1986, artículo 47; España, Ley de 2000, artículos 53 c) y 57 1); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículos 101 a) 50) f) 6), 212 a) 6) C), 237 a) 3), 246 a) y b) y 266 c); Federación de Rusia, Ley núm. 115-FZ de 2002, artículos 7 4), 9 4) y 18 9) 4); Nigeria, Ley de 1963, artículo 46 3) a) y c); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 61; Paraguay, Ley de 1996, artículos 81 2), 108 1), 110 y 111; Reino Unido, Ley de 1971, artículo 24A 1) a); Suecia, Ley de 1989, artículos 2.9 y 2. 10; y Suiza, Ley Federal de 1931, artículo 9 2) a) y 4) a).

<sup>461</sup> Austria, Ley de 2005, artículo 3.54 3) y 4); Japón, Orden de 1951, artículo 2-4 5); y Suiza, Reglamento de 1949, artículo 16 2), y Ley Federal de 1931, artículo 10 1) b).

<sup>462</sup> Paraguay, Ley de 1996, artículo 34 2); República de Corea, Ley de 1992, artículo 46 1) 8); y Suiza, Ley Federal de 1931, artículo 13e. No obstante, podrán imponerse sanciones por dichas infracciones que no incluyan expresamente la expulsión (Francia, Código, artículo L624-4; y Hungría, Ley de 2001, artículo 46 1) d)).

<sup>463</sup> Brasil, Decreto de 1981, artículo 104 y Ley de 1980, artículos 64 d) y 70; Chile, Decreto de 1975, artículos 63 4), 64 5) y 6), 65 2) y 66; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículos 212 a) 6) G) y 237 a) 1) C); Federación de Rusia, Código administrativo, capítulo 18, artículo 18.8; Honduras, Ley de 2003, artículo 89 2); Nigeria, Ley de 1963, artículos 11 3), 19 4), 24 2) y 27 3); y Paraguay, Ley de 1996, artículo 34 1) y 2).

extranjero cambie de residencia, domicilio o nacionalidad<sup>464</sup>, la de presentar pruebas de identificación o de la autorización de su presencia en el territorio del Estado cuando se le requiera<sup>465</sup>, la de abstenerse de viajar a zonas prohibidas<sup>466</sup>, la de no recibir ni obtener permiso de residencia fuera del Estado<sup>467</sup>, o la de no salir del Estado durante un período superior al determinado<sup>468</sup> o sin autorización<sup>469</sup>.

192. La expulsión de un extranjero por este motivo puede verse afectada por lo dispuesto en un arreglo especial entre el Estado de nacionalidad del extranjero y el Estado en que éste se encuentre<sup>470</sup>, o en cualquier acuerdo o instrumento internacional pertinente<sup>471</sup>. La legislación correspondiente puede permitir expresamente la aplicación de sanciones penales, además de la expulsión cuando existan motivos que lo justifiquen<sup>472</sup>. Asimismo, puede especificarse que la expulsión se producirá tras el cumplimiento de la condena impuesta<sup>473</sup>.

193. Los tribunales nacionales de varios Estados han sostenido que el incumplimiento de las condiciones de admisión es un motivo válido para expulsar a los extranjeros<sup>474</sup>.

<sup>464</sup> Brasil, Ley de 1980, artículos 124 III) y IV) y 127; Chile, Decreto de 1975, artículo 72; España, Ley de 2000, artículos 53 y 57; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículos 237 a) 3) A) y B) y 266 c); Federación de Rusia, Ley de 1996, artículo 25.10, Código administrativo, capítulo 18, artículo 18.8; y República de Corea, Ley de 1992, artículo 46 1) 7) y 10).

<sup>465</sup> China, Reglamento de 1986, artículo 43; y Nigeria, Ley de 1963, artículo 46 3) b).

<sup>466</sup> China, Ley de 1986, artículos 29 y 30, y Reglamento de 1986, artículo 46; y Suiza, Ley Federal de 1931, artículo 13e.

<sup>467</sup> Belarús, Ley de 1998, artículo 15; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 48 b); Federación de Rusia, Ley núm. 115-FZ de 2002, artículos 7 10) y 9 10); y Suecia, Ley de 1989, artículo 2.12.

<sup>468</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 62 c); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 48 a); Chile, Decreto de 1975, artículo 43; y Federación de Rusia, Ley núm. 115-FZ de 2002, artículos 7 11) y 9 11); y Paraguay, Ley de 1996, artículo 34 5).

<sup>469</sup> Brasil, Ley de 1980, artículos 124 XIII) y 127; y República de Corea, Ley de 1992, artículo 46 1) 9). Compárese con España, Ley de 2000, artículos 53 g) y 57 1), en que se tipifican las salidas sin autorización como infracciones graves que pueden ser castigadas con una pena de multa pero que no constituyen motivo de expulsión.

<sup>470</sup> Por ejemplo, puede tratarse de un acuerdo establecido en el marco de la Unión Europea (Finlandia, Ley de 2004, artículo 168 1) y 2); Francia, Código, artículo L621-2; e Italia, Ley núm. 40 de 1998, artículo 5 12), y Decreto Ley de 1996, artículo 7 3)) o del Commonwealth (Nigeria, Ley de 1963, artículo 10 1)).

<sup>471</sup> China, Ley de 1986, artículo 29; Italia, Decreto Legislativo núm. 286 de 1998, artículo 5 11); y Portugal, Ley de 1998, artículo 99 1) y 2).

<sup>472</sup> Chile, Decreto de 1975, artículos 63 3) y 65 2) y 3); China, Reglamento de 1986, artículo 47; Francia, Código, artículos L621-1 y L621-2; Italia, Ley de 2005, artículos 10 4) y 13 1), Decreto Legislativo núm. 286 de 1998, artículo 14 5ter) a 5quinques), y Decreto Ley de 1996, artículo 7 3); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículos 61 y 108 1); y Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 99 2).

<sup>473</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 47 4).

<sup>474</sup> Véase, por ejemplo, *INS v. Stevic*, U.S. Supreme Court, 467 U.S. 407, 104 S.Ct. 2489, 81 L.Ed.2d 321, 5 de junio de 1984 (apelación contra un procedimiento de deportación iniciado cuando el demandado superó la estancia de seis semanas que se le autorizó cuando fue admitido); *Hitai v. INS*, Tribunal de Apelación de los Estados Unidos, segundo circuito, 343 F.2d 466, 29 de marzo de 1965 (el apelante violó las condiciones del permiso de entrada en territorio de los Estados Unidos al aceptar un empleo); *United States ex rel. Zapp et al. v. District Director of Immigration and Naturalization*, Tribunal de Apelación de los Estados Unidos, segundo circuito, 6 de junio de 1941 (los apelantes fueron expulsados por violar las condiciones de admisión al dejar de ejercer una profesión para la que fueron admitidos); *Urban v. Minister of the Interior*, Tribunal Supremo de Sudáfrica, Distrito Provincial de

194. El incumplimiento de las condiciones de admisión también se ha considerado un motivo válido de expulsión en relación, entre otros, con los trabajadores migrantes, como se examina más abajo.

#### k) Motivos económicos

195. Se puede considerar que la situación económica es un factor pertinente para determinar la expulsión de un extranjero por razones de orden público, pero no es un motivo propiamente dicho conforme al derecho internacional. No obstante, su validez ha sido impugnada en relación con los ciudadanos de la Unión Europea. Sin embargo, muchas legislaciones consideran que los factores económicos son un motivo útil y autónomo de expulsión<sup>475</sup>.

196. El Protocolo del Convenio Europeo de Establecimiento reconoce que las razones económicas pueden ser una de las posibles consideraciones para la expulsión de extranjeros por motivos de orden público. El Protocolo contiene una definición de “orden público” que incluye los casos de extranjeros que sean incapaces de costear su estancia en el país o pretendan trabajar ilegalmente<sup>476</sup>.

197. En el marco de la Unión Europea, en cambio, la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 prohíbe la expulsión de ciudadanos de la Unión y miembros de sus familias por motivos de orden público, seguridad pública o salud pública para alcanzar fines económicos. En el párrafo 3 del artículo 14, la Directiva dispone además lo siguiente:

---

El Cabo, 30 de abril de 1953 (extranjero expulsado por dedicarse a un trabajo en los tres primeros años de residencia en Sudáfrica que no estaba autorizado en la solicitud de admisión); *Simsek v. Minister of Immigration and Ethnic Affairs and Another*, Tribunal Superior de Australia, 10 de marzo de 1982 (el apelante fue expulsado por superar el período del permiso de entrada temporal de tres meses). Además, hay una serie de causas en las que miembros de tripulaciones de buques han violado las condiciones de admisión al Estado territorial permaneciendo en éste tras la partida del buque. Véase por ejemplo, *Re Immigration Act Re Vergakis*, Tribunal Supremo de British Columbia, 11 de agosto de 1964, *International Law Reports*, vol. 42, E. Lauterpacht (ed.), págs. 219 a 226; *United States ex rel. Tie Sing Eng v. Murff, District Director, INS*, Distrito Sur de Nueva York, 6 de octubre de 1958, 165 F. Supp. 633, confirmada *per curiam*, 266 F.2d 957 (2d Cir. 1959), denegada *certiorari*, 361 U.S. 840, 4 L.Ed. 2d 79, 80 Sup. Ct. 73 (1959), *International Law Reports*, vol. 26, 1958-II, E. Lauterpacht (ed.), págs. 509 a 512; *Sovich v. Esperdy*, Tribunal de Apelación de los Estados Unidos, segundo circuito, 15 de mayo de 1963; *Re Sosa*, op. cit.

<sup>475</sup> “Los ordenamientos jurídicos internos examinados muestran una coherencia, quizás poco notable, en su elección de motivos para la expulsión. Generalmente, un extranjero podrá ser objeto de deportación si pertenece a una o más de las siguientes categorías: ... 3. Convertirse en una ‘carga pública’, lo que incluye haber contraído una enfermedad y ‘vivir de la seguridad social’”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, op. cit., pág. 255. Véase también *Règles internationales*, op. cit., artículo 45. “Por norma general, sólo se recurre a la expulsión cuando la persona ha cometido un delito o se ha convertido en una carga para las finanzas públicas”, Atle Grahl-Madsen, *Commentary on the Refugee Convention 1951 (Articles 32 and 33)*, 1963, publicado por la División de Protección Internacional de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 1997, artículo 33, párr. 2.

<sup>476</sup> “El concepto de ‘orden público’ se entenderá en el sentido amplio generalmente aceptado en los países continentales. Una Parte Contratante puede, por ejemplo, excluir a un nacional de otra Parte por razones políticas, o si existen motivos para creer que es incapaz de costear su estancia o pretende emplearse en una ocupación remunerada sin los permisos necesarios”, Protocolo del Convenio Europeo de Establecimiento, sección III - artículos 1, 2 y 3 (París, 13 de diciembre de 1955).

“El recurso a la asistencia social del Estado miembro de acogida de un ciudadano de la Unión o de un miembro de su familia no tendrá por consecuencia automática una medida de expulsión.”

198. Por lo que se refiere a ese último punto, en el párrafo 16 del preámbulo de la misma Directiva se dispone lo siguiente:

“Los beneficiarios del derecho de residencia no podrán ser expulsados mientras no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida. Por ello, el recurso a la asistencia social no podrá tener por consecuencia automática una medida de expulsión. Conviene que el Estado miembro de acogida examine si tal recurso obedece a dificultades temporales y que tenga en cuenta la duración de la residencia, las circunstancias personales y la cuantía de la ayuda concedida antes de poder decidir si el beneficiario se ha convertido en una carga excesiva para su asistencia social y si procede su expulsión. En ningún caso se podrá adoptar una medida de expulsión contra trabajadores por cuenta ajena o propia, o personas que buscan empleo, tal como las define el Tribunal de Justicia, salvo por razones de orden público o seguridad pública.”

199. Las legislaciones nacionales de varios Estados incluyen las razones económicas como motivo para la expulsión de los extranjeros<sup>477</sup>. Los familiares a cargo del extranjero pueden ser expulsados por motivos económicos si se dan esos motivos para expulsar al extranjero<sup>478</sup>. En particular, un Estado puede denegar la entrada o expulsar a un extranjero que: 1) tenga deudas<sup>479</sup>, sea un “gitano”<sup>480</sup>, un vagabundo o una persona que carezca de medios de subsistencia o no pueda demostrar que los posee<sup>481</sup>, una persona sin hogar en un momento dado o por un periodo prolongado<sup>482</sup>, o que sea incapaz de mantener a sus familiares a cargo o no esté dispuesto a ello<sup>483</sup>; 2) necesite asistencia social o corra el riesgo de necesitarla<sup>484</sup>; 3) carezca de profesión, ocupación o conocimientos

<sup>477</sup> El examen de las legislaciones y la jurisprudencia nacionales sobre este asunto se ha tomado del documento titulado “Expulsión de extranjeros, Memorando de la Secretaría”, op. cit., párrs. 412 a 414.

<sup>478</sup> Nigeria, Ley de 1963, artículo 47.

<sup>479</sup> Italia, Ley núm. 40 de 1998, artículo 11 4) a).

<sup>480</sup> Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 37 b).

<sup>481</sup> Austria, Ley de 2005, artículo 3.53 2) 4); Brasil, Ley de 1980, artículo 64 c); Canadá, Ley de 2001, artículo 39; China, Reglamento de 1986, artículo 7 5); España, Ley de 2000, artículo 25 1); Federación de Rusia, Ley núm. 115-FZ de 2002, artículos 7 8) y 9 8), y Ley de 1996, artículo 27 6); Finlandia, Ley de 2004, artículo 11 1) 3); Hungría, Ley de 2001, artículo 4 1) d); Italia, Decreto Legislativo núm. 286 de 1998, artículos 4 y 8; Japón, Orden de 1951, artículo 5 3); Kenya, Ley de 1967, artículo 3 1) a); Lituania, Ley de 2004, artículo 7 3); Nigeria, Ley de 1963, artículo 18 1) a), y Reglamento de 1963 (L.N. 93), artículos 5 4) y 6 4); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 37 b); Paraguay, Ley de 1996, artículos 6 7) y 79; Polonia, Ley núm. 1775 de 2003, artículos 15 1), 21 1) 3) y 88 1) 3); Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 14 1); República de Corea, Ley de 1992, artículo 11 1) 5) y 1) 8); y Suecia, Ley de 1989, artículo 4.2 1).

<sup>482</sup> Alemania, Ley de 2004, artículo 55 2) 5); y Federación de Rusia, Ley núm. 115-FZ, artículos 7 9) y 9 9).

<sup>483</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 39; Federación de Rusia, Ley núm. 115-FZ, artículos 7 8) y 9 8); y Kenya, Ley de 1967, artículo 3 1) a).

<sup>484</sup> Esa carga pública o necesidad de asistencia social puede referirse al extranjero o a sus familiares a cargo (Canadá, Ley de 2001, artículos 38 1) c) y 2) y 39; Chile, Decreto de 1975, artículos 15 4), 17, 64 4), 65 1) y 66; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículos 212 a) 4), 237 a) 5) y 250; Japón, Orden de 1951, artículo 5 3); Nigeria, Ley de 1963, artículo 18 1) a);



especializados<sup>485</sup>; 4) esté ocioso<sup>486</sup> o no desempeñe el trabajo o la actividad para la que se había concedido el permiso de entrada<sup>487</sup>; 5) no pueda ejercer la profesión que haya escogido o pierda o abandone un trabajo<sup>488</sup>; 6) sea minusválido o discapacitado y por ello no pueda trabajar<sup>489</sup>; o 7) actúe contra el orden económico del Estado<sup>490</sup> o su economía<sup>491</sup>, industria<sup>492</sup>, comercio<sup>493</sup>, trabajadores<sup>494</sup> o medios de vida nacionales<sup>495</sup>, o suponga una amenaza para ellos.

200. La legislación nacional puede prohibir la expulsión de un extranjero por uno de esos motivos cuando el extranjero haya permanecido en el territorio del Estado un determinado período de tiempo<sup>496</sup>. La expulsión de un extranjero por ese motivo puede depender de que el extranjero sea nacional de un Estado que tenga un acuerdo especial con el Estado que desea proceder a la expulsión<sup>497</sup>. Dependiendo de la legislación nacional pertinente, esos motivos pueden aplicarse también<sup>498</sup> o no<sup>499</sup> a los extranjeros residentes con carácter transitorio.

201. La jurisprudencia nacional ha reconocido también que las razones económicas pueden ser un motivo válido para la expulsión<sup>500</sup>.

#### I) Medida preventiva o disuasoria

202. La expulsión de extranjeros se ha utilizado para impedir determinadas conductas o disuadir de ellas. La expulsión de extranjeros por esos motivos parecía

---

Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 37 e); República de Corea, Ley de 1992, artículo 11 1) 5) y 1) 8); y Suiza, Ley Federal de 1931, artículo 10 1) d) y 2) y 3)).

<sup>485</sup> Paraguay, Ley de 1996, artículo 6 7).

<sup>486</sup> Suiza, Reglamento de 1949, artículo 16 2).

<sup>487</sup> Kenya, Ley de 1967, artículo 6 1) a). Compárese con Argentina, Ley de 2004, artículo 65, que prohíbe la expulsión por no cumplir con una obligación de un contrato de trabajo salvo que fuese una condición previa para la concesión del permiso.

<sup>488</sup> Chile, Decreto de 1975, artículos 15 4), 17, 64 4) y 7), 65 1) y 66; y Kenya, Ley de 1967, artículo 6 1) b).

<sup>489</sup> Brasil, Decreto de 1981, artículo 52 III) y IV); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 37 e); y Paraguay, Ley de 1996, artículo 6 3). Puede hacerse una excepción cuando esa discapacidad o minusvalía sólo reduce parcialmente la capacidad de trabajar del extranjero (Paraguay, Ley de 1996, artículo 7 2)).

<sup>490</sup> República de Corea, Ley de 1992, artículo 11 1) 4) y 1) 8).

<sup>491</sup> Brasil, Decreto de 1981, artículos 101 y 104, y Ley de 1980, artículos 64, 67 y 70; Honduras, Ley de 2003, artículo 89 3); y Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 38.

<sup>492</sup> Japón, Orden de 1951, artículo 7 2).

<sup>493</sup> Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 36.

<sup>494</sup> Brasil, Ley de 1980, artículos 2 y 64; y Panamá, Decreto Ley de 1960, artículos 36 y 37 e).

<sup>495</sup> Brasil, Ley de 1980, artículos 2 y 64.

<sup>496</sup> Austria, Ley de 2005, artículo 3.53 2) 5) y 6); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, artículo 237 a) 5); y Suecia, Ley de 1989, artículos 2.11 y 4.2.

<sup>497</sup> Suecia, Ley de 1989, artículo 2.14.

<sup>498</sup> Lituania, Ley de 2004, artículo 7 3); Nigeria, Reglamento de 1963 (L.N. 93), artículos 5 4) y 6 4); Polonia, Ley núm. 1775 de 2003, artículo 15 1); y Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 14 1).

<sup>499</sup> Japón, Orden de 1951, artículo 24 4) a).

<sup>500</sup> Véase, por ejemplo, *Pieters c. État belge (Ministre de la justice)*, Consejo de Estado, Bélgica, 30 de septiembre de 1953, *International Law Reports*, 1953, H. Lauterpacht (ed.), pág. 339 (“En ese caso, en la orden se indica que la presencia del demandante se considera perjudicial para la economía del país. Del expediente se deduce que se ordenó la expulsión porque el demandante no había pagado los impuestos correspondientes.”).

haber disminuido ya a principios del siglo XX<sup>501</sup>. Como se mencionó más arriba, en el asunto *Carmelo Bonsignore c. Oberstadtdirektor der Stadt Köln*, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sostuvo que sólo se pueden alegar motivos de orden público para la expulsión si se refieren al comportamiento personal del individuo a que se apliquen y que los motivos de “prevención general” no son admisibles<sup>502</sup>. No obstante, se ha señalado que el derecho internacional no prohíbe ese motivo de expulsión si no existe una obligación contraída en virtud de un tratado<sup>503</sup>.

#### m) Represalias

203. La expulsión de los extranjeros se ha utilizado en algunas ocasiones como medio de represalia, en particular cuando se trataba de expulsiones en masa, variedad que se examina separadamente. El Estado que expulsa puede indicar otros motivos para las expulsiones de extranjeros que parezcan, no obstante, una represalia<sup>504</sup>.

204. La doctrina ha cuestionado la legalidad de la expulsión de los extranjeros como medida de represalia<sup>505</sup>. De modo análogo, según el Instituto de Derecho

<sup>501</sup> “Cabe señalar las siguientes características en la evolución reciente del ejercicio de la potestad de expulsión: ... actualmente es infrecuente su utilización como medida preventiva”, Edwin M. Borchard, op. cit., pág. 55.

<sup>502</sup> “A las cuestiones planteadas procede responder que los apartados 1 y 2 del artículo 3 de la Directiva 64/221 se oponen a la expulsión de un nacional de un Estado miembro si dicha expulsión se decreta con una finalidad de disuasión con respecto a otros extranjeros, es decir, si se basa, según los términos del órgano jurisdiccional nacional, en motivos de ‘prevención general’”, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Carmelo Bonsignore c. Oberstadtdirektor der Stadt Köln*, op. cit. párr. 7.

<sup>503</sup> “En general, los Estados pueden utilizar la expulsión como medida disuasoria, es decir, expulsar a una persona como advertencia para otras. Sin embargo, esas medidas pueden ser declaradas ilícitas por tratados (por ejemplo, el artículo 48 del Tratado por el que se estableció la Comunidad Económica Europea, en la interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)”, Karl Doehring, ‘Aliens, Expulsion and Deportation’, en Rudolf Bernhardt (dir.), op. cit., pág. 111.

<sup>504</sup> “En el siglo XIX se dijo a veces que las expulsiones colectivas estaban justificadas como represalia. El distinguido jurista belga Rolin Jacquelmyns afirmó que la expulsión colectiva de extranjeros en tiempo de paz solo está permitida como represalia; véase su artículo ‘Droit d’Expulsion des étrangers’, *Revue de droit international* (1888), página 498. Indonesia justificó la expulsión de nacionales neerlandeses en 1957 porque Holanda no había negociado sobre el Irián Occidental. Obsérvese que Dahm considera con razón que esa justificación no tiene ningún fundamento en el derecho internacional (*Völkerrecht*, vol. 1, pág. 529), y parece que su opinión es acertada”, Vishnu D. Sharma y F. Wooldridge, “Some Legal Questions arising from the Expulsion of the Ugandan Asians”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 23, 1974, pág. 411, nota 85. “Cuando en diciembre de 1934 Yugoslavia expulsó a un gran número de súbditos húngaros como represalia por la presunta complicidad de las autoridades de Hungría en las actividades de terroristas, se explicó que, habida cuenta del elevado desempleo en Yugoslavia, las personas en cuestión vivían en ese país sólo con permisos periódicamente renovables: Toynbee, *Survey*, 1934, págs. 573 a 577”, Robert Jennings y A. Watts, op. cit., pág. 944, nota 16. “El General Amin no afirmó que las expulsiones fuesen una represalia por la negativa del Reino Unido a conceder un mayor número de vales especiales a sus ciudadanos y nacionales ugandeses ... Pero sí indicó, sin embargo, que le había inspirado Dios y que su intención era dar una lección al Reino Unido cuando anunció por primera vez las expulsiones ...”, Vishnu D. Sharma y F. Wooldridge, op. cit., pág. 411 y nota 83.

<sup>505</sup> “De su función se deduce que no hay que ‘abusar’ de la potestad de expulsar. Si se quiere que cumpla su objetivo y propósito, la potestad se ha de ejercer de buena fe y no por algún motivo

Internacional la represalia o la retorsión no constituyen un motivo válido para expulsar a un extranjero que haya sido autorizado expresamente a residir en un país:

“Las siguientes normas no se aplicarán en los casos de represalia o retorsión. No obstante, los extranjeros que residan en el país con la autorización expresa del gobierno no podrán ser expulsados como represalia o retorsión.”<sup>506</sup>

#### n) Otros motivos

205. Puede haber otros motivos para la expulsión de extranjeros que no estén tan ampliamente reconocidos o no sean tan pertinentes en la práctica contemporánea, por ejemplo, elevar una reclamación diplomática injusta<sup>507</sup>.

206. Muchos de los antiguos motivos de expulsión, que constituían una representación de los valores morales de una época, son actualmente obsoletos. Por ejemplo, si bien la prostitución sigue siendo actualmente un delito en cierto número de países, no se observa en ninguna parte una práctica de expulsión por ese motivo: la voluntad de proteger a las víctimas de la trata de personas o de la prostitución forzosa podría justificar a lo sumo la expulsión por motivo de proxenetismo. Otro ejemplo es que ningún Estado justificaría actualmente una expulsión por causa de enfermedad, cualquiera sea su naturaleza o gravedad. Por el contrario, muchas asociaciones de defensa de los derechos humanos exigen que la enfermedad sea una causa para impedir la expulsión, sobre todo si el enfermo no podrá recibir cuidados apropiados en su país o en el país al que sea expulsado<sup>508</sup>. Por otro lado, es cierto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos emitió, el 27 de mayo de 2008, un fallo en el que considera que Gran Bretaña, al expulsar de su territorio a un ugandés infectado con el VIH/SIDA, no había cometido una violación de los derechos humanos; según el Tribunal, esa expulsión no constituía un “tratamiento humillante o degradante” en el sentido del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. No obstante, el Tribunal no quiso legitimar de manera alguna el motivo de expulsión por causa de enfermedad, aunque fuera grave; es el comportamiento de riesgo del interesado que representa un peligro para otros lo que constituye motivo de expulsión, y es ese comportamiento el que el Tribunal quiso, por así decirlo, “sancionar”. Por esa razón el Tribunal considera que los mismos principios que aplicó en ese caso se deben aplicar a la expulsión de toda persona con una enfermedad física o mental “que apareció naturalmente”. La idea de que una enfermedad no constituye, por sí misma, un motivo de expulsión ha sido corroborada por el derecho nacional de ciertos países. Por ejemplo, según el informe

---

oculto, como ... una represalia contraria a derecho”, Guy S. Goodwin-Gill, op. cit., págs. 307 y 308 y nota 1 (en la nota se indica que “hay dificultades para determinar cuándo una represalia está justificada. Brownlie observa que, en principio, debe ser una reacción contra una violación anterior de una obligación jurídica y ha de ser proporcionada: *Principles of Public International Law* (2ª ed., 1973), pág. 524.”). Las represalias que puedan ser contrarias al *ius cogens* internacional difícilmente serán admisibles, Vishnu D. Sharma y F. Wooldridge, op. cit., pág. 411 y nota 84 (que se refieren a la opinión disidente del magistrado Tanaka en las causas *South West Africa* (1966), *I.C.J. Reports*, párrafo 298, donde se afirma que “los derechos humanos, por derivarse del derecho natural, son parte del *ius cogens*”).

<sup>506</sup> *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, op. cit., artículo 4.

<sup>507</sup> “En ciertos países de América Latina, la presentación de una reclamación diplomática injustificada, si no es objeto de una solución amigable, puede ser motivo de expulsión”, E. M. Bouchard, op. cit., pág. 52, nota 3 (Constitución de Nicaragua, artículo 12).

<sup>508</sup> Véase A. Lenoire, « L'Europe et les expulsions des étrangers malades », [www.cn-feux.com/billets/leurope-et-les-expulsions-detrangers-malades.php](http://www.cn-feux.com/billets/leurope-et-les-expulsions-detrangers-malades.php).

de 2003 del *Observatoire du droit à la santé des étrangers* (ODSE), “fue en 1997 que se consagró, por primera vez en la ley, la prohibición de expulsar a extranjeros ‘con una patología grave’ (Debré). Con la Ley de 1998 (Chevènement), el sistema legislativo amplió las condiciones de protección contra la expulsión (art. 25.8) y añadió el derecho a la residencia, formalizado por la entrega de pleno derecho de un permiso de residencia temporal ‘vida privada y familiar’”.

207. Es muy probable que los casos examinados no abarquen todos los motivos de expulsión contenidos en las diferentes legislaciones nacionales. Pero cabe preguntarse si no sería ilusorio tratar de establecer una lista exhaustiva a este respecto. Joseph André Darut indicaba a principios del siglo XX, en relación con una propuesta tendiente a indicar en un texto legislativo los casos en que se ejercería el derecho de expulsión, que la Cámara de Representantes de Bélgica había rechazado esa propuesta en 1865, justificando su decisión de la siguiente manera: “Con frecuencia, la importancia de los hechos depende de lo que sucede en el entorno en que se producen y, por esa razón, las circunstancias varían; cuando se modifica la situación exterior, los actos que pueden ser peligrosos hoy pueden no serlo mañana. Solo el gobierno puede evaluar en cada momento lo que exige el interés público”<sup>509</sup>. Ya en 1878, Pradier-Fodéré decía a este respecto que “la determinación de los motivos corresponde al Estado, y a su gobierno, que son los únicos facultados para ejercer la soberanía dentro de los límites del territorio”. A ese autor se suman el profesor Lainé y el doctor Haenel. En el mismo período, el Fiscal General A. Desjardin, en un texto publicado en 1893, se preguntaba “cómo determinar con precisión todas las circunstancias en que se han comprometido el orden y la tranquilidad públicos”, y su respuesta se ajustaba casi literalmente al argumento invocado por la Cámara de Representantes de Bélgica<sup>510</sup>. En el mismo sentido, Martini dice que “parece prácticamente imposible enumerar de manera precisa los casos en que se deberá aplicar la expulsión”<sup>511</sup>. Al igual que Darut, Piédelièvre dice que “depende de las circunstancias; conviene dejar en manos de las autoridades competentes la determinación de las necesidades que la puedan justificar”<sup>512</sup>.

208. Por consiguiente, la doctrina unánime de fines del siglo XIX sobre la cuestión de la expulsión de los extranjeros, y también la práctica contemporánea de los tribunales internacionales en esta materia, admiten que los Estados conservan toda la flexibilidad necesaria en la evaluación de las circunstancias. De todas maneras, el Estado no dispone de un cheque en blanco a ese respecto. Si se trata de un acto que afecta a las relaciones entre Estados y al ordenamiento jurídico internacional, el derecho internacional no puede permanecer indiferente a la forma en que el Estado justifica la expulsión: es el punto de referencia que sirve para determinar la validez internacional del acto de expulsión.

209. El derecho moderno ofrece a este respecto medios de control jurisdiccional de esos actos. En efecto, la expulsión no está comprendida en lo que ciertas legislaciones nacionales denominan “actos de gobierno”<sup>513</sup> no susceptibles de control jurisdiccional, ya que afecta a las normas sobre la protección de los derechos

<sup>509</sup> Citado por J.-A. Darut, op. cit. pág. 64.

<sup>510</sup> Todos estos autores son citados por A. Martini, op. cit., págs. 86 y 87.

<sup>511</sup> A. Martini, op. cit., pág. 86.

<sup>512</sup> Piédelièvre, *Précis de droit international*, t. 1, núm. 210, pág. 182.

<sup>513</sup> Véase especialmente, en el caso de Francia, M. Hauriou, nota sobre C.E. 18 de diciembre de 1891, *Vandeleet et Faraud*, Sirey 1893, 3, pág. 129.

humanos. Tampoco está comprendida en lo que el derecho internacional considera el dominio reservado del Estado, fuera del control internacional. Los criterios que se utilizan en la determinación de un motivo de expulsión pueden ser evaluados por un juez a fin de verificar su conformidad con el derecho interno propio del Estado, así como con las normas pertinentes del derecho internacional. A ese respecto, se ha visto que el orden público y la seguridad pública figuran en el derecho nacional de los países y están consagrados en el derecho internacional como motivos legítimos de expulsión de extranjeros; el derecho comunitario europeo, y en particular su jurisprudencia, ofrecen aclaraciones y criterios de evaluación que pueden ser de gran utilidad a los fines de la codificación y el desarrollo progresivo de las normas relativas a la expulsión de extranjeros. El Estado que expulsa a un extranjero puede invocar cualesquiera otros motivos a condición de que no infrinjan las normas del derecho internacional.

210. Habida cuenta de lo que antecede, cabe proponer el siguiente proyecto de artículo, de carácter único, sobre los motivos de expulsión; los aspectos esenciales de los análisis realizados podrán reflejarse en los comentarios, a fin de aclarar el alcance de sus disposiciones:

**Proyecto de artículo 9: Motivos de expulsión**

1. **Toda decisión de expulsión deberá estar motivada.**
2. **Un Estado podrá, en particular, expulsar a un extranjero por motivos de orden público o de seguridad pública, de conformidad con la ley.**
3. **Un Estado no podrá expulsar a un extranjero por un motivo contrario al derecho internacional.**
4. **El motivo de expulsión deberá ser evaluado de buena fe y de manera razonable, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos y la inminencia de la amenaza que suponen, a la luz de las circunstancias y del comportamiento de la persona de que se trate.**

**E. Condiciones de detención de la persona en vías de expulsión**

211. Comencemos con una aclaración semántica. Las legislaciones nacionales no usan siempre una misma expresión para referirse a la situación del extranjero retenido en un lugar determinado a la espera de su expulsión efectiva. Si bien en la mayoría de los países se designa esa situación con la expresión “detención”, el vocabulario jurídico francés prefiere hablar en este caso de “rétention” o de “maintien”. En efecto, la expresión “detención” se reserva en Francia a las situaciones de privación de libertad de origen estrictamente represivo que se cumple en un establecimiento penitenciario por un período largo o muy largo, en tanto que la “rétention” o la “retenue” evoca una reclusión relativamente breve que corresponde a la competencia de una autoridad represiva<sup>514</sup> o de una autoridad pararepresiva<sup>515</sup> o administrativa<sup>516</sup>. En el caso de los extranjeros “retenus” o

<sup>514</sup> Por ejemplo, la “retenue” del menor de 10 a 13 años de edad autorizada por el artículo 4 de la Ordenanza de 2 de febrero de 1945.

<sup>515</sup> Por ejemplo, la “retenue douanière”.

<sup>516</sup> Por ejemplo, la retención de un extranjero en situación irregular autorizada por el artículo 5.555-I del Código de entrada y residencia de los extranjeros y del derecho de asilo.

“maintenus” en la frontera, no se trata de una sanción por la comisión de una infracción penal, sino de una medida de seguridad en el marco de un procedimiento administrativo de admisión en el territorio o de deportación del territorio, con la consecuencia, en particular, de que la “rétention” no tiene lugar en locales penitenciarios sino en instalaciones que dependen de los servicios policiales<sup>517</sup>.

212. Sin embargo, como se ha señalado, “el pudor semántico expresado con la palabra ‘rétention’ o ‘retenue’ disimula mal que, en todos esos casos, la persona es objeto de una ‘privación de libertad’ en sentido estricto que atenta directamente contra el derecho a la seguridad, garantizado en el artículo 5 [del Convenio Europeo de Derechos Humanos]”<sup>518</sup>. Por esta razón, en adelante se utilizará la palabra “detención” de manera genérica, que incluirá asimismo la palabra “rétention”, porque tanto una como la otra designan una situación de privación de libertad.

213. Las condiciones de detención de los extranjeros en vías de expulsión es uno de los aspectos más criticados de la práctica de los Estados en materia de expulsión. En esta etapa se cometen generalmente los atentados más graves contra los derechos del extranjero en vías de expulsión. Se ilustrarán estas malas condiciones con algunos ejemplos extraídos de la práctica observada en algunos Estados antes de examinar las disposiciones de algunas legislaciones nacionales así como las normas internacionales en la materia.

#### **1. Ejemplos de condiciones de detención que menoscaban los derechos de los extranjeros en vías de expulsión**

214. El Relator Especial desea subrayar que los casos que aquí se presentan tienen un carácter meramente ejemplar. Se han escogido únicamente por la disponibilidad de la información y no por preferencias personales. Esta presentación no aspira por lo tanto a estigmatizar a los países citados ni pretende naturalmente ser exhausta.

215. *Alemania*. La idea de internar a las personas que se va a expulsar en lugares determinados parece haberse abierto lentamente camino en el ánimo de los gobernantes prusianos y alemanes. Los primeros casos de retención con miras a la expulsión eran medidas de facto, “reuniéndose a los expulsados en lugares precarios” porque su expulsión estaba bloqueada por la negativa de readmisión en sus países de origen. Así ocurrió con ocasión de las expulsiones masivas de los años 1885 a 1890, cuando las autoridades se negaron a admitir en su territorio a polacos y judíos, súbditos rusos<sup>519</sup>. En una nota del Ministerio de Relaciones Exteriores prusiano se propuso “situar a los elementos en campos de internamiento, porque así sería posible superar la crisis de alojamiento y desalentar toda nueva inmigración no autorizada”<sup>520</sup>. La llegada al poder de Adolfo Hitler y la instauración de la dictadura nazi entrañarán, como se sabe, un cambio de escala y de objetivo de esas ideas de internamiento. No es necesario detenerse ahora en la práctica de la retención en ese

<sup>517</sup> Véase F. Julien-Lafferrière, “La rétention des étrangers aux frontières françaises”, publicada en Internet: <http://conflits.revues.org/index577.html>, *Cultures et Conflits* núm. 23 (1996), págs. 7 a 43.

<sup>518</sup> R. Voering-Joulin, “Droit à la sûreté”, *JurisClasseur Libertés*, fasc. 620, 20 de septiembre de 2007, pág. 11.

<sup>519</sup> Véase P. Weber, “Expulsion: genèse et pratique d’un contrôle en Allemagne (partie 1)”, *Cultures et Conflits* núm. 23 (1996), págs. 107 a 153; publicado en el sitio de Internet: <http://conflits.revues.org/index350.html>. Consultado el 31 de mayo de 2009.

<sup>520</sup> Citado por P. Weber, artículo precitado.

régimen, cuyas consecuencias son muy conocidas. Después del decreto policial de control de los extranjeros de 1938, que siguió siendo el principal texto jurídico en la materia hasta la Ley de 1965, la ubicación en centros de retención se ha regido por las Leyes de extranjería de 9 de julio de 1990 y 30 de junio de 1993, pero no se ha podido tener acceso a información con respecto a las condiciones en ese tipo de centros.

216. *España*. Este país se ha convertido en los últimos años en el destino preferido por numerosos inmigrantes, algunos de los cuales son legales y la mayoría son clandestinos. Se contaban en enero de 2007 unos 10 centros de internamiento de extranjeros “oficiales”, situados en las provincias de Barcelona (Zona Franca), Las Palmas (Matorral en Fuerteventura, Barranco Seco en Gran Canaria y Lanzarote), Tenerife (Hoya Fría), Málaga (Capuchinos), Madrid (Carabanchel), Valencia (Zapadores), Murcia (Sangonera la Verde) y Algeciras (La Piñera), y dos centros de estancia temporal de inmigrantes en Mellilla y Ceuta, además de centros informales de retención de dudosa legalidad como los del Estrecho, en especial el de Isla Paloma en Tarifa, donde están internados los ciudadanos subsaharianos, el de Las Heras, en Algeciras, un antiguo cuartel del ejército, el de Almería, un galpón industrial, antiguo lugar en que se cocinaban crustáceos ubicado en el puerto pesquero, donde 113 inmigrantes se amotinaron en noviembre de 2006 ante las condiciones de su detención, o los de las Islas Canarias. Aquí se reproducen las principales denuncias articuladas contra la mayoría de esos centros por una asociación española de defensa de los derechos humanos<sup>521</sup> que denuncia la violación de los derechos fundamentales en esos centros:

– *Valencia: Centro de Zapadores (antiguo cuartel):*

“Numerosas organizaciones no gubernamentales han denunciado la violación del Reglamento de extranjería, las condiciones higiénicas y de salubridad, la falta de un médico y de trabajadores sociales dentro de la estructura y además, con frecuencia, su alto grado de ocupación. En agosto de 2006, 50 inmigrantes se amotinaron en el Centro.”

– *Murcia: Centro de Sangonera la Verde:*

“Hacinamiento endémico debido a que solamente tiene 60 plazas. Este es el mayor problema del Centro, que crea de hecho otros problemas muy graves para la salud y la seguridad de los detenidos: el Centro ha tenido una historia bastante difícil estos últimos años y ha sufrido motines de detenidos, el suicidio de una extranjera que esperaba su expulsión hacia Rusia, la evasión de dos internados en marzo de 2005 ...”

– *Barcelona: Centro de la Zona Franca:*

Este Centro reemplazó al “tristemente célebre de ‘La Verneda’ en la comisaría del mismo nombre”. Ha sido descrito como “un sótano sin luz natural, escasa ventilación, sin patio”, y ha sido denunciado por todas las organizaciones no gubernamentales e incluso por el Defensor del Pueblo por la práctica frecuente de malos tratos. “Este centro ha acentuado características penitenciarias: cierre

<sup>521</sup> Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (dirección: C/ Blanco White núm. 5, 41018 Sevilla, España; teléfono: (34) 954536270; correo electrónico: andalucia@alpha.org; sitio de Internet: www.apdha.org), “Procédés d’expulsion et centres d’internement et de rétention en Espagne”, enero de 2007.

electromagnético de espacios comunes y celdas, visitas de familiares a través de mamparas, vigilancia por cámaras, celdas con barrotes ...”

– *Málaga: Centro de Capuchinos (antiguo cuartel):*

Se trata sin duda de uno de los centros que ha recibido mayor cantidad de denuncias y que cuenta con la historia más siniestra. El Centro de Capuchinos entró en funcionamiento en 1990, con una capacidad de 80 personas, y en 1992 el Fiscal General del Estado ya había denunciado las malas condiciones de sus instalaciones<sup>522</sup>. El verano pasado el escándalo de los abusos cometidos contra las internas obligó a los medios de comunicación a descubrir una extensa lista de irregularidades acumuladas a lo largo de su historia y denunciadas por diversas organizaciones sociales en múltiples ocasiones: alimentos en mal estado, hacinamiento, falta de asistencia sanitaria, medicamentos suministrados por policías ante la ausencia de personal sanitario, ausencia de intérpretes, graves problemas de higiene y estado ruinoso de las instalaciones. Desde su apertura se han producido dos “presuntos” suicidios, cinco incendios (tres de ellos documentados) y, a pesar de su corta existencia, ha debido cerrar en dos ocasiones para realizar reformas de acondicionamiento sin que hayan disminuido las denuncias de malas condiciones.

Ya en 1994, 46 internos hicieron la primera huelga de hambre para denunciar las condiciones del centro. En 1995 una interna brasileña hacía la primera de numerosas denuncias por abusos sexuales. Ese mismo año, desde el “Hotel Capuchinos”, como complace a algunos funcionarios designarlo, 103 inmigrantes fueron expulsados tras ser previamente sedados con haloperidol y transportados en cinco aviones militares hacia Malí, el Senegal, el Camerún y Guinea Conakry. Aznar que había transgredido así todo tipo de normas internacionales, afirmó: “Teníamos un problema y lo hemos resuelto”.

En el mes de junio pasado, la Comisaría Provincial de Málaga no pudo disimular por más tiempo el descubrimiento de hechos que ella misma había definido como de gravedad considerable, “consistentes en fiestas nocturnas en que participaban las internas y en que podrían haber llegado a tener relaciones sexuales con los funcionarios”. Seis internas dijeron haber sido víctimas de abusos sexuales. Siete funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía fueron detenidos y seis de ellos pasaron a disposición judicial (tres acusados de agresión sexual y otros tres de omisión del deber de perseguir el delito). Según un auto judicial, las inmigrantes que no iban a los encuentros eran insultadas y amenazadas. Iban a “beber, cenar y fornicar”, informó una de las víctimas. El jefe de seguridad del Centro fue depuesto, así como el Director del Centro, Luis Enrique López Moreno, que sigue en libertad con cargos. Dos meses después hubo un nuevo incidente: una inmigrante que había sido testigo de esos abusos sexuales sufrió un aborto en el Centro. La mujer, de origen brasileño, no recibió atención sino una hora después de que otras internas informaron a los agentes, según relató la única inmigrante que presenció los hechos y que no fue deportada esa misma madrugada. Por su parte, la víctima del aborto no podrá estar presente en el juicio por los abusos porque fue posteriormente deportada, como el resto de las mujeres que presenciaron las agresiones sexuales. Su abogado acusa a los agentes de cometer un delito de “omisión del deber de socorro”. Finalmente, una delegación de organizaciones no gubernamentales acompañó al

<sup>522</sup> Reproducimos literalmente el texto relativo a Capuchinos del artículo citado de Decio Machado, publicado en *Diagonal* (nota 3 que figura en el informe de la Asociación citada).



diputado de los Verdes, Francisco Garrido, que hizo un nuevo informe sobre la situación en el Centro<sup>523</sup>.

– *Algeciras: Centro de la Piñera:*

“La Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía ha constatado los mismos problemas en la mayoría de los centros: deficiencias en las instalaciones, en la dotación para las condiciones de las personas, hacinamiento por temporadas, irregularidades jurídicas, deficiencia en el servicio de asistencia jurídica y de interpretación, sistema de visitas muy restrictivo, dificultades de comunicación con el exterior ... En todo caso, como antiguo centro penitenciario, reviste todas las características de una cárcel.”

– *Centro de Isla Paloma en Tarifa:*

“Es un Centro de ‘acogida’ de inmigrantes irregulares situado en la antigua base militar de Tarifa, con instalaciones anticuadas y ruinosas y pésimas condiciones de habitabilidad (se repintaron las instalaciones para la visita de la Relatora de las Naciones Unidas en 2003). Este Centro depende de la Guardia Civil y la identificación y gestión de la expulsión son de competencia de la Policía Nacional.

La utilización de este espacio fue una medida provisional adoptada en 2002 por el Gobierno de Aznar ante la llegada de una gran cantidad de inmigrantes a la costa de Cádiz, pero de ser provisional se ha transformado en la práctica en una prolongación del Centro de Algeciras.

Según la Confederación Española de la Policía, ‘el Ministerio del Interior engaña a la opinión pública, la Cruz Roja, la ciudadanía y los funcionarios al tratar de disimular la situación de este centro de internamiento clandestino’. El cuartel funciona como una extensión del Centro de internamiento de Algeciras, pero no reúne ninguna de las condiciones que se exige para este tipo de instalación.

Los inmigrantes duermen en dos celdas con colchonetas sobre el suelo mismo; hay solo un termo de 200 litros de agua caliente para que se duchen unas 120 personas, y cuando la bomba no funciona se quedan sin agua corriente.”

– *Fuerteventura: Centro de Matorral:*

“Es probablemente el centro de internamiento de extranjeros más grande de España. Sustituyó al antiguo centro situado en las instalaciones del aeropuerto, que se hallaba en el origen de una fuerte denuncia de Human Rights Watch entre otros en el año 2002 a propósito de las terribles condiciones de los detenidos<sup>524</sup>.

Según la visita efectuada por parlamentarios europeos, el Centro se asemeja a una auténtica cárcel, la situación es ruinoso y los inmigrantes se quejan de la falta de alimentos.”

– *Las Palmas: Centro de Barranco Seco:*

Se denunció a la Relatora Especial de las Naciones Unidas que algunos migrantes tenían solo tres minutos por semana para hablar con el abogado y que no conocían el estado de sus expedientes.

<sup>523</sup> Se puede consultar en <http://www.malaga.acoge.org/docs/sensibilizacion/camp/informecie.pdf> (ibíd., nota 4).

<sup>524</sup> Véase [www.hrw.org/spanish/informes/2002/inmigrantes.html](http://www.hrw.org/spanish/informes/2002/inmigrantes.html) (ibíd. nota 5).

– *Tenerife: Acuartelamiento de Las Raíces*

“El Acuartelamiento de Las Raíces se habilitó de forma ‘provisional’ en marzo de 2006 con tiendas de campaña<sup>525</sup> pudiendo albergar de esta manera hasta 1.300 personas, pero se superó esta cantidad de personas prácticamente a lo largo de todo el año. Situado cerca del aeropuerto de Las Raíces, se trata de un lugar extremadamente frío y desagradable con escasas condiciones de habitabilidad. En septiembre unos 150 inmigrantes lograron fugarse de Las Raíces y fueron detenidos posteriormente en las localidades vecinas, algunos de ellos ocultos en contenedores de basura.”

– *Gran Canaria: Campamento militar de La Isleta:*

“Como denunció el Sindicato Unificado de la Policía, en agosto de 2006, las ratas campan a sus anchas en las instalaciones y la basura aparece por todos lados. Las instalaciones ‘están llenas de excremento, moscas e insectos de todo tipo, ya que el agua con que se duchan los internos y lavan las pocas vestimentas que tienen se estanca y se forman ríos de lodo, porque ninguna zona del campamento está asfaltada, lo que hace que el polvo sea constante en las tiendas del ejército’. Los inmigrantes se ven obligados a orinar en botellas vacías y hay restos de embalajes de cartón que los inmigrantes tienen que atravesar para poder lavarse. Se trata de una situación inhumana para todas las personas hacinadas en esta instalación.”

217. *Estados Unidos.* En este país la patrulla de fronteras y el Servicio de Inmigración y Naturalización, encargados de detener a los inmigrantes sin documentos, cuentan con diferentes centros de tramitación y detención de esos inmigrantes. Hay 34 puntos de paso de la frontera entre los Estados Unidos y México, cada uno de ellos con su propio centro de tramitación de inmigrantes sin documentos. De los 17 centros de detención que tiene el país, siete se encuentran en la frontera con México, y uno es un campamento militar en una base de guardacostas de Boston<sup>526</sup>. Según un autor, “se cuenta que muchos repatriados son detenidos más de cinco veces por día e incluso con mayor frecuencia ... Además, si se tiene en cuenta que la mayoría de estos inmigrantes son sumamente pobres, parece completamente inverosímil que puedan contar con asistencia jurídica. A tal punto que muchas víctimas de abusos de la patrulla de fronteras o del Servicio de Inmigración y Naturalización son defendidos por organizaciones filantrópicas o políticas”<sup>527</sup>.

218. *Francia.* Antes del 1 de enero de 2009 había en el país 27 centros de retención y estaba previsto que a partir de esa fecha hubiera 30 de esos centros en

<sup>525</sup> Véase el informe de la audiencia de los parlamentarios europeos de abril de 2006: [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004\\_2009/documents/pv/623/623483/623483es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/pv/623/623483/623483es.pdf). Véase también el informe de Amnistía Internacional de junio de 2006: [www.es.amnesty.org/organisation/uploads/txuseraitypdb/MisionCanariasO1.pdf](http://www.es.amnesty.org/organisation/uploads/txuseraitypdb/MisionCanariasO1.pdf) (ibid., nota 6).

<sup>526</sup> Los otros centros se reparten de la manera siguiente: Arizona: 1; California: 2; Texas: 4; Colorado: 1; Florida: 1; Luisiana: 1; Massachussets: 1; Nueva York: 2; Puerto Rico: 1; Washington, D.C.: 1. Fuente: Departamento de Justicia de los Estados Unidos, Servicio de Inmigración y Nacionalidad, INS, Fact Book, Estados Unidos; y S. Schmidt, “Détentions et déportation à la frontière entre le Mexique et les Etats-Unis (partie 2)”, *Cultures et Conflits* núm. 23 (1996), págs. 155 a 185.

<sup>527</sup> S. Schmidt, artículo citado anteriormente.

funcionamiento<sup>528</sup>. Las condiciones de detención deplorables de esos centros para extranjeros en vías de expulsión fueron objeto de un proyecto de resolución de 18 diputados de la Asamblea Nacional francesa en 2008, “tendiente a la creación de una comisión de investigación con el fin de evaluar y analizar el marco jurídico vigente en los centros de retención de hombres, mujeres y niños migrantes”<sup>529</sup>. La exposición de motivos de ese proyecto de resolución se refiere al amotinamiento en diferentes centros de detención, en Mesnil-Amelot, en Vincennes o en Satolas, cerca de Lyon, de la manera siguiente: “los retenidos protestan contra el destino que se les ha reservado y contra la verdadera caza al hombre de la que son objeto. Estos niños, mujeres y hombres viven en un clima de temor inadmisibles. Cada extranjero se transforma en un delincuente en potencia. Esta política de estigmatización de los ‘extranjeros’, con desprecio de toda solidaridad, fomenta la xenofobia y, por tanto, gangrena toda la sociedad francesa”<sup>530</sup>. Más adelante dice: “Las condiciones de vida en el interior de los centros de retención son difíciles. En Mesnil-Amelot, donde hay esencialmente jóvenes, el seguimiento médico es insuficiente y, por ejemplo, un retenido con problemas cardíacos no ha tenido seguimiento desde su llegada; una asistencia judicial insuficiente respecto de las necesidades expresadas e indispensables; una situación moral degradada para muchos de ellos con gran sentimiento de soledad y abandono (las visitas de los parientes solo duran 15 minutos)”<sup>531</sup>. Según el informe de 2006 de la Commission Intermouvements des Evacués (CIMADE), que hasta 2007 era la única organización no gubernamental con mandato del Estado para velar por el ejercicio de los derechos de los extranjeros, “el encierro de miles de mujeres y hombres se hace de manera casi clandestina por la escasa exigencia de información y por la ausencia de miradas exteriores, con poco apoyo jurídico en los textos y en la práctica y en condiciones materiales malas que constituyen a veces un trato inhumano y degradante”<sup>532</sup>. Además, existen “salas de aislamiento” para los retenidos considerados difíciles. El aislamiento se practica en condiciones humillantes: los que sufren aislamiento “están asegurados con esposas a un banco, detrás del local de guardia de los policías, al costado de las salas de registro y de visita”<sup>533</sup>. En general, el encierro afecta tanto a los padres como a los menores y las mujeres embarazadas. Ahora bien, como ha constatado la CIMADE, el “encierro tiene repercusiones sobre los niños que no tienen lugar en un centro de retención administrativa”. Por otra parte, como constata esa organización no gubernamental, “en el local de retención de Choisy-le-Roi las mujeres retenidas están confinadas durante 48 horas en una pequeña habitación de 4,5 metros cuadrados sin iluminación, con camas superpuestas y sin ninguna intimidad (puerta de vidrio). La habitación es muy sucia. Se ha retenido incluso a mujeres embarazadas de seis meses en este local de higiene más que dudosa”<sup>534</sup>. Esta organización no vacila en denunciar la “desmedida de la política de expulsión” ni en afirmar que algunos centros se han transformado en verdaderos campamentos, ya que en ellos “se instituye la privación de libertad como

<sup>528</sup> Véase “Centres de rétention – Le juge met un coup d’arrêt à la réforme Hortefeux”, publicado en el sitio en Internet: <http://tfl.lci.fr/inos/France/societe/0,,4143397,00-le-juge-met-un-coup-d-arret-a-la-reforme-hortefeux-.html>.

<sup>529</sup> Véase doc. núm. 175, inscrito en la Presidencia de la Asamblea Nacional el 13 de febrero de 2008 y distribuido el 20 de febrero de 2008.

<sup>530</sup> *Ibid.*, pág. 3.

<sup>531</sup> *Ibid.*, pág. 6.

<sup>532</sup> Citado en *op. cit.*, pág. 8.

<sup>533</sup> *Ibid.*, pág. 11.

<sup>534</sup> Informe de CIMADE 2006, citado en *op. cit.*, pág. 12.

modo de gestión de las personas migrantes”<sup>535</sup>. Los diputados autores del proyecto de resolución declararon a continuación que “la política del Gobierno da lugar a todo tipo de derivas y se transforma en fuente potencial de prácticas inadmisibles e inaceptables”<sup>536</sup>.

219. La situación es tanto más preocupante cuanto que algunos de los extranjeros en vías de expulsión están detenidos en instituciones penitenciarias. Como decía el ex Ministro de Justicia francés, Robert Badinter, resumiendo el informe de Louis Mermaz a la Asamblea Nacional, “conviene asimismo tener en cuenta la presencia muy fuerte de extranjeros en las casas de detención, que es con frecuencia la consecuencia de la transformación de la institución penitenciaria en una especie de centro de retención generalizada. (...) La cuestión de los centros de retención y de las condiciones de vida en esos centros, denunciadas en los informes internacionales, en relación con la política penitenciaria, no se puede eludir. La transformación de las políticas administrativas en políticas represivas, con las consecuencias que se desprenden de ello para las casas de detención, ha ido demasiado lejos y conviene estudiar esta cuestión muy de cerca”<sup>537</sup>. En su estudio de 2004, la Comisión Consultiva de Derechos Humanos destaca que “la retención a la salida de la prisión es con frecuencia muy mala experiencia para los extranjeros, que consideran esta nueva privación de libertad como otra vejación”. Y agrega que “esta situación es aún más grave cuando la deportación de un extranjero implica poner a los niños en situación de retención. Las condiciones materiales de detención no permiten hoy día que esto se haga con respeto de las convenciones internacionales de protección de los derechos del niño”<sup>538</sup>.

220. *Gran Bretaña*. Cabe observar que actualmente en este país “los extranjeros a la espera de ser expulsados padecen gran inseguridad jurídica”; algunos de ellos han pasado por varios campamentos y “a veces reúnen en total hasta 17 meses de detención”<sup>539</sup>. En un centro como el de Dungavel, situado a unos 30 km de Glasgow, se hallan “detenidos en su mayoría hombres adultos, pero asimismo mujeres, a veces familias y también menores aislados”. Las condiciones de detención de las personas en vías de expulsión o de solicitantes de asilo han conocido en algunos casos un desenlace dramático. En 2004, por ejemplo, se comprobaron los hechos siguientes: “Un solicitante de asilo ucraniano en el Harmondsworth Removal Centre fue hallado colgado el pasado lunes 19 de julio. Posteriormente hubo un altercado importante en Harmondsworth y se transfirió a los detenidos a otros centros de expulsión y a prisiones comunes. Días más tarde, el viernes 23 de julio, un vietnamita detenido que había sido trasladado de Harmondsworth al Dungavel Removal Centre se colgó; fue enviado al hospital Hairmyres, en East Kilbride, donde falleció posteriormente. Otro detenido de Dungavel afirma que el vietnamita había estado detenido más de un año y que simplemente había perdido la esperanza de ser puesto en libertad”<sup>540</sup>. A propósito

<sup>535</sup> *Ibid.*, pág. 13.

<sup>536</sup> *Ibid.*, pág. 8.

<sup>537</sup> Comisión Consultiva de Derechos Humanos, *Etude sur les étrangers détenus. Propositions*, aprobada por la Asamblea en pleno el 18 de noviembre de 2004, pág. 21.

<sup>538</sup> *Ibid.*, pág. 25.

<sup>539</sup> E. Michard, “Etrangers en Grande Bretagne : prisonniers à durée indéterminée”, 19 de octubre de 1994, publicado en el sitio de Internet: <http://www.echanges-partenariats.org-ep@reseau-ipam.org>.

<sup>540</sup> Véase “Two deaths in UK Immigration Removal Centres”, publicado en los sitios de Internet: [www.racism.net](http://www.racism.net).

de los solicitantes de asilo detenidos en virtud de la Ley de inmigración de 1971, un estudio publicado en 1996 observaba que “son ubicados en centros de retención para inmigrantes, en cárceles para delincuentes o en celdas de los puestos de policía. La Ley de inmigración de 1971 faculta a la policía y a los servicios de inmigración para detener a las personas sin orden judicial. En las celdas de la policía y en las cárceles de Su Majestad se trata a los detenidos como reclusos en prisión preventiva. Pueden estar encerrados en pequeñas celdas, privados de momentos de descanso o ejercicio 20 de las 24 horas del día. La principal diferencia entre los delincuentes comunes y estos detenidos es que éstos pueden ser retenidos indefinidamente sin un juicio”<sup>541</sup>.

221. *Grecia*. Las causas *Dougoz* (fallo de 6 de marzo de 2001) y *Peers* (19 de abril de 2001) incoadas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos permitieron conocer las condiciones de detención de las personas en vías de expulsión de este país. Después de los fallos emitidos por el Tribunal en estas causas, el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó el 7 de abril de 2005 una resolución provisional sobre las condiciones de detención en la que invitaba a las autoridades competentes griegas “a proseguir e intensificar sus esfuerzos por que las condiciones de detención se ajusten a las exigencias del Convenio [Europeo de Derechos Humanos], enunciadas en particular en los fallos del Tribunal, y a examinar la cuestión de los recursos internos efectivos a este respecto”<sup>542</sup>. En las informaciones comunicadas por el Gobierno griego con ocasión del examen por el Comité de Ministros de las causas citadas anteriormente, se encuentra confirmación, *a contrario sensu*, del estado deplorable de las estructuras de detención de Grecia. El Gobierno de este país escribe en especial: “en cuanto a los centros de detención de la policía y la prisión de que se trata en este asunto, el Gobierno observa por una parte que la Comisaría Central de la avenida Alexandras no se utiliza más para la detención de extranjeros a la espera de expulsión y, por otra parte, que el centro de detención de la policía de Drapetsona ha sido rehabilitado para ofrecer las mejores condiciones posibles de higiene y de vida decente a los detenidos. Finalmente, en cuanto a la prisión de Koridallos, el mayor establecimiento penitenciario de Grecia, se hacen en ella trabajos de mantenimiento indispensables con regularidad”<sup>543</sup>. El Gobierno griego indica, por otra parte, que desde 1998 los procedimientos de regularización de los inmigrantes en situación irregular han aliviado considerablemente “el hacinamiento de los centros de detención porque muchos de ellos han sido puestos en libertad para poder presentar su solicitud, ya que cumplían las condiciones previstas en la ley”<sup>544</sup>. En la causa *Tabesh c. Grecia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se refirió extensamente a las condiciones de detención con miras a la expulsión del solicitante. Éste sostenía que sus condiciones de detención no se ajustaban al artículo 3 del Convenio (Europeo de Derechos Humanos) ni a las normas definidas por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes<sup>545</sup>. Destacaba en especial la falta total de ejercicio físico y de contacto con el exterior, el hacinamiento de las celdas, los problemas de higiene y la insuficiencia de la alimentación. En particular, afirmaba que la suma de 5,87 euros que se le daba todos los días a los efectos de la

<sup>541</sup> B. Harrel-Bond, “La rétention des demandeurs d’asile dans la forteresse britannique (partie 1)”, *Cultures et conflits* núm. 23 (1996, págs. 87 a 106), pág. 93, publicada en el sitio de Internet <http://conflits.revues.org/index260.html>.

<sup>542</sup> Resolución ResDH (2005) 21.

<sup>543</sup> Anexo de la resolución provisional ResDH (2005) 21.

<sup>544</sup> *Ibid.*

<sup>545</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 26 de noviembre de 2009, párr. 33.

alimentación no era suficiente para hacer tres comidas diarias con un valor nutritivo adecuado. Antes de evaluar las condiciones de detención propiamente dichas, el Tribunal reafirmó en primer lugar que el artículo 3 del Convenio consagra uno de los valores más fundamentales de las sociedades democráticas por cuanto prohíbe en términos absolutos la tortura y los tratos o penas inhumanos o degradantes en toda circunstancia. Precisó además que “las medidas privativas de libertad van acompañadas inevitablemente de sufrimiento y humillación. Se trata de un estado de hecho inevitable que, como tal y por sí solo, no implica una violación del artículo 3, pero esta obligación impone sin embargo al Estado la obligación de garantizar que toda persona esté detenida en condiciones compatibles con el respeto de la dignidad humana, que las modalidades de su detención no la sometan a una penuria o adversidad de una intensidad que exceda el nivel inevitable de sufrimiento inherente a tal medida y que, con respecto a las exigencias prácticas del encarcelamiento, su salud y su bienestar se garanticen de manera adecuada”<sup>546</sup>. El Tribunal agrega que “si bien los Estados están autorizados a retener a los posibles inmigrados en virtud de su derecho innegable a controlar (...) el ingreso y la permanencia de los extranjeros en su territorio (*Amuur c. Francia*, 25 de junio de 1996, párr. 41, *Recueil 1996-III*), este derecho debe ejercerse de conformidad con las disposiciones convencionales”<sup>547</sup>. Para apreciar la veracidad de las afirmaciones del solicitante en cuanto a las condiciones de detención en los locales de la Subdirección de la Policía de Extranjería de Tesalónica, donde estuvo del 31 de diciembre de 2006 al 28 de marzo de 2007, el Tribunal observó que corroboraban estas afirmaciones el informe publicado por el Ombudsman de la República en mayo de 2007 y los informes publicados por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura como consecuencia de sus visitas en 2007 y 2008 a varios puestos de policía y centros de detención de extranjeros en Grecia. El Tribunal destaca que el “informe relativo a la visita de 2008 se refiere a las condiciones de detención en los locales de la Policía de Extranjería en Tesalónica y subraya que las personas detenidas dormían en colchones sucios posados en la tierra y que carecían además de espacio para pasearse y hacer ejercicio físico. Ese informe confirma finalmente que algunos de los detenidos tenían derecho a 5,87 euros diarios para pedir comida que se les enviaba desde el exterior”<sup>548</sup>. Esto hizo que el Tribunal declarara que “aparte de los problemas de promiscuidad y de higiene, como se destaca en los informes citados, el Tribunal estima que el régimen relativo a la posibilidad de recreación y alimentación en los locales de policía en que estuvo detenido el solicitante plantea en sí mismo un problema en relación con el artículo 3 del Convenio. En particular, la imposibilidad misma de pasear o de practicar una actividad al aire libre podría provocar en el solicitante sentimientos de aislamiento del mundo exterior, con consecuencias potencialmente negativas sobre su bienestar físico y moral”<sup>549</sup>. El Tribunal observó que “las insuficiencias de las actividades recreativas y de alimentación apropiada del solicitante derivan de que los locales de policía de Tesalónica no son lugares apropiados para la detención que sufrió el solicitante. Por su naturaleza misma, se trata de lugares destinados a recibir a personas por períodos muy cortos. Por consiguiente, no están adaptados a las necesidades de una detención de tres meses como la que se impuso a una persona que además no purgaba una condena penal sino que se hallaba a la espera de la aplicación de una medida

<sup>546</sup> *Ibid.*, párr. 36.

<sup>547</sup> *Ibid.*, párr. 39.

<sup>548</sup> *Ibid.*, párr. 40.

<sup>549</sup> *Ibid.*, párr. 41.

administrativa”<sup>550</sup>. El Tribunal concluyó que “el hecho de mantener al solicitante en detención durante tres meses en locales de la Subdivisión de la Policía de Extranjería de Tesalónica es un trato degradante con arreglo al artículo 3 del Convenio”<sup>551</sup>.

222. La situación es tal vez peor en África, donde son pocos los países que cuentan con centros de detención para los extranjeros en vías de expulsión.

223. En *Sudáfrica*, por ejemplo, donde se asistió a un aumento de la xenofobia en 2005, muchos extranjeros, según algunas asociaciones, “han sido objeto de ataques, de violencia o de humillación antes de huir en el tren que los repatriará. Abusos de que han sido objeto no solo los clandestinos, sino además los inmigrantes, refugiados o solicitantes de asilo en regla”<sup>552</sup>. Algunos extranjeros detenidos por la policía son trasladados a Lindela, centro de repatriación donde los extranjeros, clandestinos o en proceso de regularización, son conducidos con miras a la expulsión. El periódico sudafricano *The Sunday Independent* habla de personas detenidas cuando su permiso de residencia no ha caducado, a quienes se han destruido o confiscado sus papeles<sup>553</sup>. Según Sarah Motha, coordinadora de educación de derechos humanos de Amnistía Internacional de Sudáfrica, “los agentes de policía detienen a todos los inmigrantes de manera indiscriminada, sin prestar atención a su condición de solicitante de asilo. Se nos ha informado de varios casos en que los agentes fingían no haber visto el documento que demostraba que había una solicitud de asilo en curso ... En varios testimonios se dice que los policías sudafricanos exigen un soborno y favores sexuales a los solicitantes de asilo para no enviarlos a Lindela”<sup>554</sup>. Como destaca el autor del artículo que aparece en *Afrik.com*, citando *The Sunday Independent* de 9 de abril de 2000, las condiciones de vida en Lindela “son sumamente deplorables, según un reportaje de *The Sunday Independent* de 9 de abril de 2000. Los que intervienen describen los lechos inmundos, la comida que “ni siquiera es buena para un perro” o incluso la notable ausencia de un médico. El hacinamiento es otro problema: el centro tiene 4.000 plazas, pero acoge un número mayor de extranjeros. Una situación que ha llegado tal vez a su paroxismo con la represión de los inmigrantes clandestinos iniciada a mediados de marzo de 2000: “con las mayores redadas había más de 7.000 personas detenidas en Lindela, y ya se había deportado a millares, aunque los medios de información dicen que muchos huyeron de la detención durante el proceso de expulsión”, indica la carta enviada a dos ministros sudafricanos. Algunos “detenidos” se quejaban por otra parte de permanecer más tiempo en el centro de lo que permite la ley. Un hecho que también han comprobado algunas asociaciones. No obstante, “no se detiene a la gente más de un mes en el centro, salvo por orden del Tribunal Superior y en los casos extremos en que el Ministerio del Interior proroga el período de detención a un máximo de 90 días”, resume *The Sunday Independent* sobre la base de una carta enviada por Lindie Gouws, administradora de Lindela. Lo más trágico sigue siendo sin duda la muerte inexplicada de refugiados en el centro. “Desde enero de 2005 han muerto unas 50 personas”, explica Sarah Motha, de Amnistía Internacional. El Foro de los exiliados de Zimbabwe “denunció en

<sup>550</sup> Ibid., párr. 43.

<sup>551</sup> Ibid., párr. 44.

<sup>552</sup> H. Bangre, “Afrique du Sud: expulsion d’étrangers par dizaines de milliers. La xénophobie au cœur de cette politique”, 15 de noviembre de 2005, *Afrik.com*.

<sup>553</sup> Ibid.

<sup>554</sup> Ibid.

agosto pasado la muerte de 28 refugiados en Lindela, entre enero y julio, que procedían en su mayor parte de Zimbabwe”<sup>555</sup>.

224. En *Guinea Ecuatorial*, donde la práctica de la expulsión en masa de los extranjeros se ha venido repitiendo estos últimos años, se ha expulsado a numerosos africanos, la gran mayoría de ellos cameruneses, a los que siguen los malienses, sin distinción entre residentes legales y residentes en situación irregular, en condiciones deplorables y con frecuencia perseguidos por la policía, y han sido entregados o deportados en la frontera entre Guinea Ecuatorial y el Camerún en condiciones inhumanas. Estas expulsiones han tenido lugar después de la expiración del ultimátum del Ministerio de Relaciones Exteriores, la Cooperación y la Francofonía de Guinea Ecuatorial, de 12 de mayo de 2009, que exhortaba a todos los extranjeros en situación irregular a abandonar el país antes del 26 de mayo. Según un sitio de información de Internet, “unos 300 cameruneses que vivían en Guinea Ecuatorial regresaron a su país natal. Obligados y forzados. Llegaron en piraguas de fortuna, el jueves pasado, al puerto de Limbé, a 320 km al oeste de Yaundé. Muchos de ellos llegaron semidesnudos, vestidos solo con un calzón, después de haber perdido su dinero y sus bienes. Este regreso al país se debe a la vasta operación de repatriación de extranjeros cameruneses, pero también nigerianos, ghaneses o congoleños, puesta en marcha el 6 de marzo pasado por las autoridades de Guinea Ecuatorial, que afectó a toda la isla de Bioko”.

225. “Esta versión ha sido corroborada por la Agencia France Press, que ha difundido los testimonios de cameruneses expulsados. Como el de Moïse Bessongo, comerciante instalado desde hacía varios años, interpelado a medianoche cuando regresaba a su hogar. Su domicilio fue saqueado y su pasaporte, su tarjeta de residencia, su tarjeta de identidad camerunesa y sus diplomas fueron destrozados por la policía. Pasó tres días en una celda antes de ser repatriado el miércoles por la noche. Numerosos cameruneses detenidos el 6 y el 7 de marzo pasaron cinco días encerrados en la base militar de Malabo. Además de robos y exacciones, numerosas personas fueron objeto de torturas, como lo demuestran marcas y cicatrices”<sup>556</sup>.

226. Interrogado sobre estos acontecimientos, el Embajador del Camerún en Guinea Ecuatorial se declaró afectado por la situación. “No nos enorgullece ver que se maltrata a los cameruneses. Nuestro papel no consiste en remover el cuchillo en la herida. No niego estas cosas hechas por individuos que no son conocidas ni aceptadas por las autoridades de Guinea Ecuatorial. Los cameruneses que tengan dificultades deben venir a la embajada y al consulado porque nosotros podemos encontrar la forma de ayudarlos. Pese a estos malos tratos, los cameruneses seguirán yendo a Guinea Ecuatorial, pero hay que organizar esa salida para permitirles vivir con dignidad”<sup>557</sup>.

227. En la causa *Diallo*, Guinea se quejó de las condiciones de arresto y detención de su nacional en la República Democrática del Congo antes de su expulsión. Afirmó que el 5 de noviembre de 1995 el Sr. Diallo había sido detenido clandestinamente sin forma alguna de proceso ni de interrogatorio, que había permanecido encerrado durante un período de dos meses y había sido puesto en libertad el 10 de enero de 1996 por intervención del Jefe de Estado del Zaire en persona para ser inmediatamente encarcelado por otras dos semanas antes de ser

<sup>555</sup> Ibid.

<sup>556</sup> Véase “Chasse aux étrangers. La Guinée Equatoriale fait le ménage”, Afrik.com.

<sup>557</sup> *Cameroon Tribune* (periódico gubernamental), 12 de junio de 2009.



expulsado. Durante su detención, de una duración total de 75 días, el Sr. Diallo había sufrido malos tratos en prisión y se había visto privado del beneficio de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares<sup>558</sup>. La República Democrática del Congo rechazó, sin oponer argumento, estas afirmaciones, contentándose con decir que “la duración y las condiciones de detención del Sr. Diallo en el marco del procedimiento de expulsión se ajustaron al derecho del Zaire”<sup>559</sup>.

## 2. Condiciones de ejecución de la expulsión

228. La expulsión puede ser ilegal según la forma en que se ejecute<sup>560</sup>. En particular, la expulsión de extranjeros debe ejecutarse de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos relativas a la prohibición de la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes<sup>561</sup>. La obligación de que los extranjeros no sean sometidos a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes se establece

<sup>558</sup> Corte Internacional de Justicia, causa *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée c. République démocratique du Congo). (excepciones preliminares), fallo de 24 de mayo de 2007, párr. 17.

<sup>559</sup> *Ibid.*, párr. 19.

<sup>560</sup> “Una orden de deportación que en principio reúna los requisitos para ser lícita puede convertirse en ilegal si se ejecuta de manera injusta o excesivamente onerosa. Al ejecutar la orden no deben utilizarse medidas de compulsión física que causen o puedan causar lesiones o daños a la integridad física”, Louis B. Sohn y Thomas Buergenthal (eds.), *op.cit.*, pág. 96. “Todos los Estados están facultados para expulsar por razones de orden público a extranjeros que residan temporalmente en su territorio. Pero cuando un Estado expulsa a un extranjero sin motivo y de forma injuriosa, el Estado cuya nacionalidad posee el ciudadano está facultado para interponer una denuncia por tal violación del derecho internacional”, Richard Plender, “The Ugandan Crisis and the Right of Expulsion under International Law”, *The Review: International Commission of Jurists*, núm. 4, 1972, pág. 25 (citando el *Dictionnaire de droit international public et privé* de Calvo). La información que figura en esta sección está tomada de “Expulsión de extranjeros, Memorando de la Secretaría”, *op. cit.*, párrs. 703 a 709.

<sup>561</sup> “La expulsión no se debe hacer con dureza ni violencia ni perjuicio injustificado para el extranjero que la debe sufrir”, S. Oda, *op. cit.*, pág. 483. “Exista o no un derecho ilimitado a expulsar a los extranjeros, los malos tratos o la expulsión sumaria o agresiva de un extranjero constituyen una infracción de las normas mínimas de derecho internacional que el Estado de origen da por sentado que se respetarán. Si un Estado desea ejercer su poder soberano con infracción de esta norma, no abusa de su poder soberano, sino que simplemente vulnera una regla de interdicción que limita su competencia exclusiva”, G. Schwarzenberger, “The Fundamental Principles of International Law”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 87, 1955 - I, págs. 309 y 310 (véase asimismo G. Schwarzenberger, *International Law and Order*, Londres, Stevens & Sons, 1971, págs. 89 y 90). “Una expulsión ampliamente justificada en principio constituye una infracción del derecho internacional si se realiza sin tener debidamente en cuenta la seguridad y el bienestar del extranjero. Una vez más, esto es válido ya sea que la expulsión equivalga a una violación de derechos humanos o que constituya una violación de la ‘norma mínima’. Esto es tan evidente que apenas si requiere explicación”, Richard Pendler, *op. cit.*, págs. 24, 25 y 26. “El Estado que ejecuta una orden de expulsión o de deportación debe actuar de conformidad con las normas que consagran los derechos humanos y la dignidad humana. Esas normas inciden de manera directa sobre el poder del Estado de expulsar o de deportar a un extranjero ... Existen otras normas y principios relativos a los derechos humanos y la dignidad humana consagrados en instrumentos multilaterales aceptados por la gran mayoría de las naciones. En muchos de esos principios figura el derecho de toda persona a no ser sometida a tratos inhumanos o degradantes”, Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *op. cit.*, pág. 95. Véase asimismo Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1987, pág. 36.

en la resolución 40/144 de la Asamblea General<sup>562</sup>. Este tipo de acción cometido en el momento de la expulsión de un extranjero ha suscitado numerosas denuncias<sup>563</sup>. Esta limitación del derecho a la expulsión está consagrada en la práctica diplomática<sup>564</sup> y por los tribunales internacionales<sup>565</sup>.

229. El anexo 9 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional dispone lo siguiente:

“5.2.1 Durante el período en que un pasajero no admisible, o una persona que va a ser deportada, estén bajo la custodia de funcionarios del Estado, éstos deberán preservar la dignidad de dichas personas y no adoptar medidas que puedan violar dicha dignidad.”<sup>566</sup>

<sup>562</sup> Resolución 40/144, art. 6.

<sup>563</sup> “La mayoría de los casos se deben al ejercicio excesivamente agresivo de la facultad de expulsión. Es fundamental que la medida se limite a su objetivo directo, deshacerse del extranjero indeseable. Por consiguiente, todo rigor innecesario puede considerarse motivo de reclamación. Incluso cuando se admite que una expulsión está justificada, debe ejecutarse causando el mínimo daño posible a la persona y sus bienes, dentro del respeto por la seguridad y los intereses del país que ejecuta la expulsión”, E. Montefiori Borchard, op. cit., págs. 59 y 60. “Aunque el derecho de devolución o expulsión es discrecional, el ejercicio de esa facultad discrecional de forma brutal, arbitraria o que provoque perjuicio innecesario suele dar lugar a controversias”, B. O. Iluyomade, “The Scope and Content of a Complaint of Abuse of Right in International Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 16, núm. 1, 1975, pág. 85. “Calvo afirmaba que, cuando un gobierno expulsa a un extranjero sin causa y en forma que lesiona sus intereses, el Estado del que es ciudadano ese extranjero tiene derecho a formular una reclamación basándose en esa violación del derecho internacional”, Richard Pendler, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, págs. 469 a 471 (citando el *Dictionnaire de droit international public et privé* de Calvo). “Un Estado incurre en responsabilidad internacional si expulsa a un extranjero ... de forma que cause un perjuicio innecesario”, Richard Pendler, op. cit., pág. 459.

<sup>564</sup> “La práctica diplomática demuestra también ampliamente el principio de que la expulsión ejecutada sin tener debidamente en cuenta el bienestar del extranjero es contraria al derecho internacional”, R. Pendler, “The Ugandan Crisis and the Right of Expulsion under International Law”, op. cit., págs. 24, 25 y 26. “Las expulsiones arbitrarias ... ejecutadas con dureza o violencia que causen un perjuicio innecesario a las personas que las sufren han dado lugar a reclamaciones diplomáticas ...”, E. M. Borchard, op. cit., pág. 57. “Más recientemente se han dado otros casos en los que el procedimiento seguido para la expulsión ha supuesto un trato oneroso frente al cual los Estados Unidos se han visto obligados a protestar enérgicamente”, Charles Cheney Hyde, op. cit., pág. 233 (se omiten las citas).

<sup>565</sup> “El principio de que la expulsión debe ejecutarse de la forma que cause el menor perjuicio posible a la persona afectada ha sido enunciado varias veces por los tribunales internacionales. De esta manera, las expulsiones sumarias con ocasión de las cuales las personas afectadas han sido sometidas a indignidades, a una dureza o a una opresión inútiles han sido consideradas por las comisiones internacionales como justificativas de una indemnización”, E. M. Borchard, op. cit., pág. 60 [citando *Maal (Países-Bajos) c. Venezuela*, op. cit., y *Boffolo (Italia) c. Venezuela*, op. cit.; se refiere asimismo a *Jaurett (US) v. Venezuela*, Sen. Doc. 413, 60th Cong. 1st Sess., 20 et seq., 559 et seq. (se rige por el acuerdo de 13 de febrero de 1909, Relaciones exteriores, 1909, 629). “Las expulsiones arbitrarias ... ejecutadas en condiciones onerosas o violentas que causen perjuicio innecesario a la persona afectada han dado lugar a ... la concesión de indemnizaciones por comisiones de arbitraje”, E. M. Borchard, op. cit., pág. 57. “Por consiguiente, en casos relativos a la expulsión de extranjeros, un tribunal internacional normalmente aceptará como concluyentes los motivos de gravedad que el Estado alegue para justificar tal acción. Sin embargo, consideraría como medidas de expulsión ilícitas las que ... fueran acompañadas de rigores innecesarios”, Bin Cheng, op. cit., pág. 133 (se omiten las citas).

<sup>566</sup> Convenio sobre Aviación Civil Internacional, pág. 295.

230. Hay otros ejemplos de prácticas que respaldan la obligación de que las expulsiones deben realizarse de forma humana y con el debido respeto por la dignidad de las personas de que se trate.

231. La existencia de esa obligación se reafirmó expresamente en el caso *Lacoste*, aunque se declaró que el denunciante no había sido objeto de malos tratos:

“Asimismo, Lacoste reclama una indemnización por su detención, su ingreso en prisión, el trato severo y cruel de que fue objeto y su expulsión del país. Sin embargo, no parece que la expulsión haya ido acompañada de malos tratos y, a instancia del propio denunciante, se amplió el plazo fijado para su salida del país.”<sup>567</sup>

Del mismo modo, en el caso *Boffolo* el árbitro indicó con carácter general que:

“La expulsión [...] debe hacerse de modo que cause el menor perjuicio a la persona afectada”<sup>568</sup>.

232. En el caso *Maal*, el árbitro subrayó el carácter sagrado del ser humano y la obligación de que en las expulsiones no se prive al extranjero de su dignidad ni se le impongan rigores innecesarios:

“Si la exclusión del denunciante se hubiera llevado a cabo sin humillaciones o rigores innecesarios, el árbitro se vería obligado a desestimar la reclamación ... Según queda acreditado, el denunciante llegó aquí como un caballero y tenía derecho a ser tratado como tal durante el examen de su caso y su deportación, y, aun con independencia de que fuera un caballero o un mero ciudadano de a pie, el derecho a su integridad personal y al libre disfrute de su sensibilidad es uno de los principales atributos de la libertad y uno de los privilegios impagables que ésta lleva aparejada.

El árbitro parte de la premisa del valor sagrado del ser humano, cuya integridad no puede vulnerarse lo más mínimo, ni siquiera en un arrebato de ira, sin que medie consentimiento o exista una causa justificada; de lo contrario habrá que entender que se ha producido una agresión que debe dar lugar a una indemnización proporcional al espíritu y el carácter de la infracción y la calidad humana de la víctima.”<sup>569</sup>

233. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa expresó su profunda preocupación por los incidentes y malos tratos que tienen lugar durante las expulsiones<sup>570</sup>. Asimismo, subrayó el carácter subsidiario de la expulsión forzosa y la necesidad de respetar la seguridad y la dignidad en todas las circunstancias.

“7. La Asamblea estima que la expulsión forzosa sólo debe utilizarse como último recurso, que debe reservarse para personas que opongan una resistencia clara y continuada y que puede evitarse si se toman medidas efectivas para ofrecer a los deportados asistencia personal supervisada para preparar su partida.

<sup>567</sup> *Caso Lacoste c. Mexico* (Comisión Mexicana), laudo de 4 de septiembre de 1875, en John Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party*, vol. IV, págs. 3347 y 3348.

<sup>568</sup> *Caso Boffolo*, op. cit., pág. 534 (árbitro Ralston).

<sup>569</sup> *Caso Maal*, Comisión Mixta de Reclamaciones Países Bajos-Venezuela, 1 de junio de 1903, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, pág. 732.

<sup>570</sup> Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, recomendación 1547 (2002), *Procédures d'expulsion conformes aux droits de l'homme et exécutées dans le respect de la sécurité et de la dignité*, 22 de enero de 2002, párr. 6.

8. La Asamblea reafirma que los valores fundamentales del Consejo de Europa se verán amenazados si no se toman medidas para combatir el actual clima de hostilidad hacia los refugiados, solicitantes de asilo e inmigrantes y para alentar a que se respete su seguridad y dignidad en toda circunstancia.”<sup>571</sup>

234. El Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes también ha subrayado que el uso de la fuerza al ejecutar una orden de expulsión debe limitarse a lo razonablemente necesario, y ha precisado los medios y métodos de deportación que no deben utilizarse. Asimismo, ha insistido en la necesidad de establecer sistemas de supervisión interna y externa y de documentar adecuadamente el proceso de deportación.

“El Comité reconoce que a menudo será difícil ejecutar la orden de expulsión de un extranjero que está empeñado en permanecer en el territorio de un Estado. Puede que, en ocasiones, los agentes de las fuerzas de seguridad tengan que utilizar la fuerza para llevar a cabo esa expulsión. Sin embargo, el empleo de la fuerza debería limitarse a lo estrictamente necesario. En particular, sería totalmente inaceptable que los destinatarios de una orden de expulsión fueran agredidos físicamente para obligarlos a utilizar un medio de transporte o como castigo por no haberlo hecho. Además, el Comité debe subrayar que amordazar a una persona es una medida eminentemente peligrosa.”<sup>572</sup>

El mismo Comité ha declarado que:

“Es totalmente inaceptable que los destinatarios de una orden de deportación sean agredidos físicamente para obligarlos a utilizar un medio de transporte o como castigo por no haberlo hecho. El Comité se congratula de que existan disposiciones de este tipo en muchas de las instrucciones pertinentes de los países visitados.

Por ejemplo, algunas de las instrucciones examinadas por el Comité prohíben la utilización de medios de coacción que tengan por objeto castigar al extranjero que ofrezca resistencia o que causen dolor innecesario.

El uso de la fuerza y los medios de coacción deben limitarse a lo estrictamente necesario. El Comité valora positivamente que, en ciertos países, el uso de la fuerza y los medios de coacción en los procesos de deportación sea objeto de un examen detallado, a la luz de los principios de legalidad, proporcionalidad y oportunidad.

El Comité ha indicado claramente que el uso de la fuerza y/o medios de coacción que puedan provocar asfixia posicional debe evitarse siempre que sea posible y que tal uso, en circunstancias excepcionales, debe estar regulado por directrices encaminadas a reducir al mínimo los riesgos para la salud de la persona de que se trate.

<sup>571</sup> *Ibid.*, párrs. 7 y 8.

<sup>572</sup> Consejo de Europa, Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y los Tratos o Penas Inhumanos o Degradantes, séptimo informe general de actividades del Comité en el período comprendido entre el 1 de enero de 1997 y el 31 de diciembre de 1996, CPT/Inf (97) 10, 22 de agosto de 1997, “Personas retenidas en virtud de legislación relativa a la entrada y a la estada de extranjeros”, párr. 36. Respecto de ese Comité, véase J. M. Larralde, “La protection du détenu par l’action du Comité européen pour la prévention de la torture”, *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 2004, núm. 3, número especial, “Surveiller et punir/Surveiller ou punir”, págs. 29 a 41.

Además de evitar los riesgos de asfixia posicional a los que se ha hecho alusión, el Comité ha recomendado sistemáticamente que se prohíba con carácter absoluto la utilización de medios que puedan obstruir parcial o totalmente las vías respiratorias (nariz o boca).[...] El Comité observa que actualmente esta práctica está prohibida de forma expresa en muchos Estados Parte e invita a los Estados que aún no lo hayan hecho a que adopten sin demora disposiciones vinculantes en la materia.

Es imperativo que la salvación de la persona objeto de una operación de deportación no se vea comprometida si una situación urgente sobreviene durante el vuelo. De ello se desprende que todo medio que limite la libertad de movimiento de la persona deportada deba poder inmediatamente suspenderse por orden de la tripulación.

En opinión del Comité, ninguna consideración de seguridad puede servir para justificar que el personal de escolta lleve máscaras durante las operaciones de deportación. Tal práctica es altamente indeseable, ya que puede dificultar la depuración de responsabilidades en caso de que se aleguen maltratos.

Asimismo, el Comité tiene grandes reservas en lo que respecta al uso de gases incapacitantes o irritantes para reducir a detenidos recalcitrantes a fin de desalojarlos de sus celdas y trasladarlos a aeronaves.

Es importante que se permita que los inmigrantes detenidos se sometan a un examen médico previo antes de ejecutar la decisión de deportarlos. Esta precaución es especialmente necesaria cuando se contempla la posibilidad de utilizar la fuerza o medios especiales.

La ejecución de las operaciones de deportación de los inmigrantes detenidos debe ir precedida de medidas que permitan a las personas de que se trate organizar su retorno, especialmente en los planos familiar, profesional y psicológico.

Asimismo, todos aquellos que hayan sido objeto de una operación de deportación frustrada deben someterse a un examen médico en cuanto regresen al lugar de detención.

No puede insistirse lo suficiente en la importancia de establecer mecanismos de control interno y externo en un ámbito tan sensible como las operaciones de deportación por vía aérea.

Las operaciones de deportación deben documentarse exhaustivamente.

Asimismo, el Comité desea subrayar la función que deben desempeñar las autoridades de control externo (incluidas las judiciales), tanto nacionales como internacionales, en la prevención de los malos tratos durante las operaciones de deportación. Tales autoridades deben permanecer atentas a todos los acontecimientos que ocurran en este ámbito, sobre todo en lo que respecta al uso de la fuerza y de medios de coacción y la protección de los derechos fundamentales de los deportados por vía aérea.”<sup>573</sup>

---

<sup>573</sup> Decimotercer informe general de actividades del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, CPT/Inf (2003), pág. 35.

235. La normativa de la Unión Europea sobre la expulsión o devolución de los nacionales de terceros países también exige el respeto de la dignidad humana. La decisión del Consejo de 23 de febrero de 2004 indica en su preámbulo que:

“La presente Decisión respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos concretamente por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La presente Decisión se propone, en particular, garantizar el pleno respeto de la dignidad humana en caso de expulsión y traslado, tal como se refleja en los artículos 1, 18 y 19 de la citada Carta.”<sup>574</sup>

236. En sus Normas sobre admisión y expulsión de extranjeros, el Instituto de Derecho Internacional enuncia el principio según el cual

“La deportación no es una pena, por lo que debe ejecutarse con la máxima consideración y teniendo en cuenta la situación particular del afectado.”<sup>575</sup>

### 3. Condiciones de detención del extranjero en vías de expulsión

237. Varios ejemplos de la práctica abundan en la opinión de que la detención de quien está a la espera de ser expulsado no es ilícita si se ajusta a determinados requisitos<sup>576</sup>.

238. En el caso *Ben Tillett*, el árbitro reconoció el derecho del Estado que expulsa a detener a un extranjero a fin de garantizar su deportación. Asimismo, el árbitro sostuvo que, dependiendo de las circunstancias del caso y, en particular, del peligro que la persona en cuestión pudiera representar para el orden público, un Estado está facultado para detener a un extranjero incluso antes de que exista una orden de deportación. El árbitro también declaró que el Estado no estaba obligado a disponer de instalaciones especiales de detención para los deportados:

“Considerando que, al reconocerse el derecho de un Estado a expulsar, este no debería verse privado de los medios necesarios para garantizar la eficacia de sus órdenes; que dicho Estado debe estar en condiciones de mantener bajo control a los extranjeros cuya presencia considere peligrosa para el orden

<sup>574</sup> Decisión 2004/191/CE del Consejo, de 23 de febrero de 2004, por la que se establecen los criterios y modalidades prácticas para la compensación de los desequilibrios financieros resultantes de la aplicación de la Directiva 2001/40/CE relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de los nacionales de terceros países, *Diario Oficial L 60*, 27 de febrero de 2004, págs. 55 a 57. Véase la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Diario Oficial C 364*, de 18 de diciembre de 2000, págs. 1 a 22, artículo primero (“Dignidad humana - La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”), artículo 18 (“Derecho de asilo - Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”) y artículo 19 (“Protección en caso de devolución, expulsión y extradición – 1. Se prohíben las expulsiones colectivas. 2. Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”).

<sup>575</sup> *Règles internationales* ..., *ibíd.*, artículo 17.

<sup>576</sup> Véase por el contrario S. Oda., *op. cit.*, pág. 483 (“Se debe evitar la detención obligatoria del extranjero al que se ha de aplicar un decreto de expulsión salvo que se niegue a partir o intente evadir la vigilancia de las autoridades del Estado”). La información que figura en esta sección está tomada de “Expulsión de extranjeros, Memorando de la Secretaría, *op. cit.*, párrs. 715 a 726.

público, y que está facultado para ordenar su detención si teme que quienes han sido expulsados de su territorio podrían eludir su vigilancia<sup>577</sup>;

Considerando ... que, por regla general, una orden de expulsión no es anterior a los hechos que la justifican, si un Estado no puede utilizar los medios de coacción necesarios para detener durante algunas horas a un extranjero cuya conducta sea problemática hasta que la medida de expulsión se apruebe oficialmente, este podría huir de la policía y el Gobierno se encontraría indefenso<sup>578</sup>;

Considerando, por otra parte, que es jurídicamente imposible obligar a un Estado a construir instalaciones especiales destinadas exclusivamente a la detención preventiva de extranjeros durante el tiempo que media entre su detención y la ejecución de la medida de expulsión, o a reservar a esos extranjeros un lugar especial en las instalaciones que ya existan, al mantener aislado a Ben Tillett y posteriormente evitar su contacto con otros acusados, el Gobierno de Bélgica cumplió con las exigencias de la cortesía internacional.”<sup>579</sup>

239. Asimismo, el árbitro declaró que, dadas las circunstancias del caso, Bélgica no había actuado ilícitamente al detener al Sr. Ben Tillett durante 26 horas<sup>580</sup>, y que las condiciones de detención fueron aceptables<sup>581</sup>.

240. La Comisión que se pronunció en el caso *Daniel Dillon* se ocupó de la cuestión de las normas mínimas que prescribe el derecho internacional en relación con el trato que debe dispensarse a un extranjero detenido en espera de su deportación. La Comisión declaró que el prolongado período de detención y el hecho de que no se facilitara información al reclamante sobre la finalidad de su detención constituían un maltrato incompatible con el derecho internacional.

“En cuanto a la cuestión del maltrato, la Comisión considera que no hay pruebas suficientes que demuestren que las dependencias en las que el reclamante permaneció detenido estuvieran por debajo del nivel mínimo que exige el derecho internacional. Igualmente escasas son las pruebas sobre la comida que se le sirvió y sobre las alegaciones de que no dispuso de cama ni de ropa de cama. Sin embargo, el prolongado período de detención y el hecho de que se le mantuviera incomunicado y no se le facilitara información sobre la finalidad de su detención constituyen, en opinión de la Comisión, un maltrato y un rigor innecesarios que no están justificados por el propósito de la detención y son de una entidad tal que hacen a los Estados Unidos Mexicanos responsables conforme al derecho internacional<sup>582</sup>.”

<sup>577</sup> Grande-Bretagne c. Belgique, laudo arbitral de 26 de diciembre de 1898, en G. Fr. De Martens, *Nouveau Recueil Général de Traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international*, segunda serie, tomo XXIX, Leipzig, Biblioteca Dieterich Theodor Weicher, 1903.

<sup>578</sup> *Ibid.*, pág. 270.

<sup>579</sup> *Ibid.*, pág. 271.

<sup>580</sup> *Ibid.*

<sup>581</sup> *Ibid.*, págs. 271 y 272.

<sup>582</sup> *Daniel Dillon (U.S.A) v. United Mexican States*, Comisión General de Reclamaciones México-Estados Unidos, laudo de 3 de octubre de 1928, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, pág. 368.

241. En su comentario sobre el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos señaló que si un procedimiento entraña detención, deben concederse las garantías previstas en los artículos 9<sup>583</sup> y 10<sup>584</sup> del Pacto para los casos de privación de libertad<sup>585</sup>.

242. En el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales se reconoce expresamente el derecho de los Estados de detener a todo extranjero que sea objeto de un procedimiento de expulsión. En el artículo 5, párr. 1, se dispone lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:

[...]

f) Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona [...] contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión ...”

243. En la causa *Chahal c. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aclaró numerosos aspectos del apartado f) del párrafo 1 del artículo 5 y declaró que esta disposición no exigía que la detención de una persona mientras se producía su deportación tuviera que considerarse razonablemente necesaria, por ejemplo, para impedir que cometiera un delito o se diera a la fuga<sup>586</sup>. Sin embargo, el Tribunal indicó que la privación de libertad solo

<sup>583</sup> En el artículo 9 se dispone lo siguiente: “1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.”

<sup>584</sup> En el artículo 10 se dispone lo siguiente: “1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas; b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento. 3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.”

<sup>585</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 11 de abril de 1986, párr. 9.

<sup>586</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, causa *Chahal c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 15 de noviembre de 1996, demanda 22414-93, párr. 112. El Tribunal reafirmó esta posición en la causa *Conka c.*



era admisible mientras el procedimiento de expulsión estuviera pendiente y siempre que la duración de tal procedimiento no fuera excesiva.

“No obstante, el Tribunal recuerda que cualquier privación de libertad conforme a esa disposición [art. 5, párr. 1 f)] solo puede justificarse mientras esté pendiente el procedimiento de deportación. Si ese procedimiento no se tramita con la debida diligencia, la detención dejará de estar justificada conforme al artículo 5, párr. 1 f). Por consiguiente, es necesario determinar si la duración del procedimiento de deportación fue excesiva.”<sup>587</sup> (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*).

244. Asimismo, según el Tribunal, la detención en espera de la expulsión debe ajustarse a derecho y ser susceptible de control jurisdiccional. A este respecto, la “legalidad” de la detención implica su conformidad con el derecho nacional, aunque también exige “que cualquier privación de la libertad se ajuste a la finalidad del artículo 5, es decir, proteger a la persona frente a la arbitrariedad”<sup>588</sup>. Asimismo, el control jurisdiccional “debe ser lo suficientemente amplio para extenderse a los requisitos indispensables para que la detención sea “lícita” según lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5<sup>589</sup>.

245. También cabe mencionar el *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, que figura en el anexo de la resolución 43/173 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1988, especialmente el Principio 8 relativo a la detención en espera de expulsión. En un sentido general, entre los 36 principios que figuran en dicho anexo, los 19 siguientes nos parecen pertinentes a los efectos de examinar las condiciones de detención de una persona con miras a su expulsión<sup>590</sup>:

- Principio 1: “Toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano;”
- Principio 2: “El arresto, la detención o la prisión sólo se llevarán a cabo en estricto cumplimiento de la ley y por funcionarios competentes o personas autorizadas para ese fin.”
- Principio 3: “No se restringirá o menoscabará ninguno de los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres so pretexto de que el presente Conjunto de Principios no reconoce esos derechos o los reconoce en menor grado.”

Belgique, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 5 de febrero de 2002, demanda 51564/99, pág. 38.

<sup>587</sup> *Ibid.*, párr. 113.

<sup>588</sup> *Ibid.*, párr. 118. Véase también la causa *Conka. c. Belgique*, op. cit., párr. 39.

<sup>589</sup> *Ibid.*, párr. 127.

<sup>590</sup> Véase la resolución 43/173 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre el *Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, aprobada en su cuadragésimo tercer período de sesiones.

- Principio 5: “1. Los presentes principios se aplicarán a todas las personas en el territorio de un Estado, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión o creencia religiosa, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.”
- Principio 6: “Ninguna persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será sometida a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No podrá invocarse circunstancia alguna como justificación de la tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.”
- Principio 8: “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.”
- Principio 9: “Las autoridades que arresten a una persona, la mantengan detenida o investiguen el caso sólo podrán ejercer las atribuciones que les confiera la ley, y el ejercicio de esas atribuciones estará sujeto a recurso ante un juez u otra autoridad.”
- Principio 10: “Toda persona arrestada será informada en el momento de su arresto de la razón por la que se procede a él y notificada sin demora de la acusación formulada contra ella.”
- Principio 11: “1. Nadie será mantenido en detención sin tener la posibilidad real de ser oído sin demora por un juez u otra autoridad. La persona detenida tendrá el derecho de defenderse por sí misma o ser asistida por un abogado según prescriba la ley.
2. Toda persona detenida y su abogado, si lo tiene, recibirán una comunicación inmediata y completa de la orden de detención, junto con las razones en que se funde.
3. Se facultará a un juez o a otra autoridad para considerar la prolongación de la detención según corresponda.”
- Principio 12: “1. Se harán constar debidamente:
- a) Las razones del arresto;
  - b) La hora del arresto de la persona y la hora de su traslado al lugar de custodia, así como la hora de su primera comparecencia ante el juez u otra autoridad;
  - c) La identidad de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que hayan intervenido;
  - d) Información precisa acerca del lugar de custodia.
2. La constancia de esas actuaciones será puesta en conocimiento de la persona detenida o de su abogado, si lo tiene, en la forma prescrita por la ley.”

- Principio 13: “Las autoridades responsables del arresto, detención o prisión de una persona deberán suministrarle, en el momento del arresto y al comienzo del período de detención o de prisión o poco después, información y una explicación sobre sus derechos, así como sobre la manera de ejercerlos.”
- Principio 14: “Toda persona que no comprenda o no hable adecuadamente el idioma empleado por las autoridades responsables del arresto, detención o prisión tendrá derecho a que se le comunique sin demora, en un idioma que comprenda, la información mencionada en el principio 10, el párrafo 2 del principio 11, el párrafo 1, del principio 12 y el principio 13 y a contar con la asistencia, gratuita si fuese necesario, de un intérprete en las actuaciones judiciales posteriores a su arresto.”
- Principio 15: “A reserva de las excepciones consignadas en el párrafo 4 del principio 16 y el párrafo 3 del principio 18, no se mantendrá a la persona presa o detenida incomunicada del mundo exterior, en particular de su familia o de su abogado, por más de algunos días.”
- Principio 16: “2. Si se trata de un extranjero, la persona detenida o presa será también informada prontamente de su derecho a ponerse en comunicación por los medios adecuados con una oficina consular o la misión diplomática del Estado del que sea nacional o de aquel al que, por otras razones, compete recibir esa comunicación, de conformidad con el derecho internacional o con el representante de la organización internacional competente, si se trata de un refugiado o se halla bajo la protección de una organización intergubernamental por algún otro motivo.”
- Principio 17: “1. Las personas detenidas tendrán derecho a asistencia de un abogado. La autoridad competente les informará de ese derecho prontamente después de su arresto y les facilitará medios adecuados para ejercerlo.”
- Principio 21: “Estará prohibido abusar de la situación de una persona detenida o presa para obligarla a confesar o declarar contra sí misma o contra cualquier otra persona.”
- Principio 22: “Ninguna persona detenida o presa será sometida, ni siquiera con su consentimiento, a experimentos médicos o científicos que puedan ser perjudiciales para su salud.”
- Principio 24: “Se ofrecerá a toda persona detenida o presa un examen médico apropiado con la menor dilación posible después de su ingreso en el lugar de detención o prisión y, posteriormente, esas personas recibirán atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario. Esa atención y ese tratamiento serán gratuitos.”

Principio 33: “La persona detenida o presa o su abogado tendrá derecho a presentar a las autoridades encargadas de la administración del lugar de detención y a las autoridades superiores y, de ser necesario, a las autoridades competentes que tengan atribuciones fiscalizadoras o correctivas, una petición o un recurso por el trato de que haya sido objeto, en particular en caso de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.”

246. La cuestión de la detención en espera de expulsión fue planteada por la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Gabriela Rodríguez Pizarro, quien destacó especialmente la necesidad de que la decisión de detener a una persona fuera objeto de una revisión periódica; la necesidad de la existencia del derecho a apelar; el carácter no punitivo de la detención administrativa; el requisito de que la detención durara únicamente el tiempo necesario para que la deportación se hiciera efectiva; y la necesidad de que se pusiera fin a la detención cuando fuera imposible ejecutar la orden de deportación por motivos que no pudieran imputarse al migrante.

“En los casos de detención administrativa no siempre están garantizados el derecho a la revisión judicial o administrativa de la legalidad de la detención, ni el derecho de apelación contra la decisión u orden de detención o de deportación ni el derecho a solicitar la libertad bajo fianza u otras medidas no privativas de la libertad<sup>591</sup>.

La privación de la libertad como medida administrativa debe durar únicamente el tiempo necesario para que la deportación o expulsión se haga efectiva. La privación de libertad no debe ser nunca indefinida<sup>592</sup>.

... La Relatora Especial expresa una preocupación particular porque la legislación contra el terrorismo promulgada recientemente, por la que se permite la detención de migrantes sobre la base de acusaciones imprecisas e indeterminadas de amenazas a la seguridad nacional, pueda dar lugar a una detención indefinida si los migrantes no pueden ser deportados de inmediato, ya que ello implicaría una amenaza a su seguridad y sus derechos humanos<sup>593</sup>. [Se omite la cita.]

... La detención administrativa nunca debe ser de carácter punitivo ...”<sup>594</sup>

247. A continuación, la Relatora Especial formuló la siguiente recomendación:

“g) Velar por que la ley fije un plazo máximo para la detención en espera de la deportación y por que en ningún caso la detención sea indefinida.

[...] La decisión de detener a un migrante debería ser objeto de una revisión periódica sobre la base de criterios legislativos claros. Debería ponerse fin a la detención cuando sea imposible ejecutar la orden de deportación por motivos que no puedan imputarse al migrante.”<sup>595</sup>

<sup>591</sup> Comisión de Derechos Humanos, Trabajadores migrantes, Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. G. Rodríguez Pizarro, op. cit., párr. 20.

<sup>592</sup> *Ibid.*, párr. 35.

<sup>593</sup> *Ibid.*, párr. 37.

<sup>594</sup> *Ibid.*, párr. 43.

<sup>595</sup> *Ibid.*, párr. 75 g).

248. Cabe señalar que en 1892, el Instituto de Derecho Internacional declaró que una persona a quien se pretendía expulsar no debía ser privada de su libertad en espera de su deportación<sup>596</sup>. Hoy esa opinión sería considerada muy poco realista en la mayoría de los casos, y es difícil pensar que el Instituto la sostendría en la actualidad.

249. La legislación nacional varía considerablemente en cuanto a la legalidad y las condiciones de detención en espera de la expulsión<sup>597</sup>. En algunos Estados se puede detener a un extranjero antes de expulsarlo en el marco normal de un proceso de expulsión, o: 1) cuando el extranjero haya eludido o intentado eludir la expulsión<sup>598</sup>, o haya incumplido las condiciones que llevara aparejada su puesta en libertad provisional<sup>599</sup>; 2) cuando el extranjero haya cometido ciertos delitos u otras infracciones, o ponga en peligro el orden público o la seguridad nacional del Estado<sup>600</sup>; 3) para que las autoridades competentes puedan determinar la identidad o nacionalidad del extranjero, o para garantizar su seguridad después del traslado<sup>601</sup>; o 4) cuando se estime necesario para llevar a cabo la deportación, en relación, por ejemplo, con las medidas necesarias para su transporte<sup>602</sup>. Los Estados pueden:

<sup>596</sup> “Si el deportado goza de libertad no se le impondrá restricción alguna durante ese período”. Instituto de Derecho Internacional, Règles internationales, ..., *ibíd.*, art. 32.

<sup>597</sup> El examen de las legislaciones y la jurisprudencia nacionales sobre este punto se ha tomado del documento titulado “Expulsión de extranjeros, Memorando de la Secretaría”, *op. cit.*, párrs. 726 a 737.

<sup>598</sup> Argentina, Ley de 2004, arts. 35 y 70 a 72; Australia, Ley de 1958, arts. 196, 253 y 255; Austria, Ley de 2005, art. 3.76 2); Belarús, Ley de 1998, art. 30; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, arts. 28 3), 43 5) y 68 1); Brasil, Ley de 1980, art. 60; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 241 a) 2) y 507 b) 1), 2) C) c); Federación de Rusia, Ley núm. 115-FZ de 2002, arts. 31 9) y 34 5); Kenya, Ley de 1967, art. 12 2); Madagascar, Ley de 1962, art. 17; Malasia, Ley de 1959-1963, arts. 31, 34 1) y 35; y Nigeria, Ley de 1963, artículo 23 2). Tal detención puede decretarse específicamente en relación con un extranjero presuntamente relacionado con la comisión de actos de terrorismo y puede prolongarse mientras dure el juicio penal del extranjero y el cumplimiento de la correspondiente sentencia (Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 507 b) 1), 2) C) y c)).

<sup>599</sup> Alemania, Ley de 2004, art. 62 2); Belarús, Ley de 1993, art. 26; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 68 2); Colombia, Decreto de 1995, art. 93; Grecia, Ley de 2001, art. 44 3); Hungría, Ley de 2001, art. 46 1) a) y b); Italia, Ley núm. 40 de 1998, art. 11 6), y Decreto Ley de 1996, art. 7 3); Japón, Orden de 1951, art. 55 1); Polonia, Ley núm. 1775 de 2003, art. 101 1); República Checa, Ley de 1999, art. 124 1); República de Corea, Ley de 1992, art. 66, y Decreto de 1993, art. 80; y Suiza, Ley Federal de 1931, art. 13b 1) c).

<sup>600</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 68 2); Colombia, Decreto de 1995, art. 93; Estados Unidos, Ley de Inmigración y nacionalidad, art. 241 a) 6); Grecia, Ley de 2001, art. 44 3); Hungría, Ley de 2001, art. 46 1) c) a e), 2) y 9); y República Checa, Ley de 1999, art. 124 1).

<sup>601</sup> Austria, Ley de 2005, art. 3.80 4) 1); Brasil, Ley de 1980, art. 60; China, Disposiciones de 2003, art. 184; Italia, Decreto Legislativo núm. 286 de 1998, art. 14 1), Ley núm. 40 de 1998, art. 12 1), y Decreto Ley de 1996, art. 7 3); y Nigeria, Ley de 1963, art. 31 3).

<sup>602</sup> Alemania, Ley de 2004, art. 62 1); China, Disposiciones de 2003, art. 184; Croacia, Ley de 2003, art. 58; Estados Unidos, Ley de Inmigración y Nacionalidad, art. 241 a) 1) C); Francia, Código, art. L551-1; Italia, Decreto Legislativo núm. 286 de 1998, art. 14 1), y Ley núm. 40 de 1998, art. 12 1); Japón, Orden de 1951, arts. 13-2 y 52 5); Kenya, Ley de 1967, art. 8 2) b), 3) y 4); Malasia, Ley de 1959-1963, art. 34 1); Nigeria, Ley de 1963, arts. 31 3) y 45; Panamá, Decreto Ley de 1960, arts. 59 y 83; Polonia, Ley núm. 1775 de 2003, art. 101 4); Portugal, Decreto Ley de 1998, arts. 22 4) y 124 2); República de Corea, Ley de 1992, art. 63 1) y Suiza, Ley Federal de 1931, art. 13b 1) a) y b). Ese tipo de detención puede permitirse expresamente en tiempo de guerra (Nigeria, Ley de 1963, art. 45).

1) Prohibir que se detenga al extranjero cuando se haya ordenado que éste abandone voluntariamente el país<sup>603</sup>; o

2) Autorizar la detención del extranjero o la imposición de otras restricciones a su libertad de residencia o circulación antes de la salida voluntaria del extranjero<sup>604</sup>.

250. La ley aplicable puede establecer la duración del período de detención, los procedimientos que corresponda aplicar, o los derechos y recursos a disposición del extranjero<sup>605</sup>. El Estado puede autorizar expresamente la detención de menores<sup>606</sup>, de personas susceptibles de recibir protección<sup>607</sup>, o de extranjeros presuntamente relacionados con actividades de terrorismo<sup>608</sup>. Hay Estados que permiten al extranjero solicitar la libertad bajo fianza<sup>609</sup>. Otros pueden restringir el derecho de residencia del extranjero o sus actividades, o decidir que quede sujeto a control en lugar de ordenar que se le detenga, sin contemplar específicamente su detención<sup>610</sup>. Hay Estados que pueden acordar con otros el traslado de los extranjeros detenidos<sup>611</sup>. Algunos Estados pueden exigir al extranjero que pague los gastos de la detención<sup>612</sup> y otros disponen expresamente que el propio Estado se haga cargo

<sup>603</sup> Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 100 1).

<sup>604</sup> Japón, Orden de 1951, art. 55-3 3); y Portugal, Decreto Ley de 1998, art. 123 2).

<sup>605</sup> Alemania, Ley de 2004, art. 62 1) a 3); Argentina, Ley de 2004, arts. 70 a 72; Australia, Ley de 1958, arts. 196, 253, 254 y 255 6); Austria, Ley de 2005, arts. 3.76 3) a 7) y 3.78 a 3.80; Belarús, Ley de 1998, art. 30, Ley de 1993, art. 26; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, arts. 65 4) y 69 a 71; Brasil, Ley de 1980, art. 60; Croacia, Ley de 2003, art. 58; Estados Unidos, Ley de Inmigración y Nacionalidad, arts. 241 g) y 507 b) 2) D), c) 2), d) y e); Federación de Rusia, Ley núm. 115-FZ de 2002, arts. 31 9) y 34 5); Francia, Código, arts. L551-2, L551-3, L552-1, L552-2, L552-3, L552-6, L552-7, L552-8, L552-9, L552-10, L552-11, L552-12, L553-1, L553-2, L553-3, L553-4, L553-5, L553-6, L554-1, L554-2, L554-3, L555-1, L555-2 y L561-1; Grecia, Ley de 2001, art. 44 3); Hungría, Ley de 2001, art. 46 3) a 7); Italia, Decreto Legislativo núm. 286 de 1998, art. 14 1) a 5 bis), 7) y 9), Ley núm. 40 de 1998, art. 12 1) a 7) y 9), y Decreto Ley de 1996, art. 7 3); Japón, Orden de 1951, arts. 2 15) y 16), 13-2, 54, 55 2) a 5), 61-3, 61-3-2, 61-4, 61-6 y 61-7; Malasia, Ley de 1959-1963, arts. 34 1) y 3) y 35; Nigeria, Ley de 1963, art. 31; Panamá, Decreto Ley de 1960, art. 59; Polonia, Ley núm. 1775 de 2003, art. 101 1), 2), 3) 1) y 4) a 7); República Checa, ley de 1999, art. 124, 2); República de Corea, Decreto de 1993, arts. 77 1) y 78; Suecia, Ley de 1989, arts. 6.18 a 6.31; Suiza, Ley Federal de 1931, arts. 13b 2) y 3), 13c y 13d.

<sup>606</sup> Austria, Ley de 2005, art. 3.79 2) y 3); y Suecia, Ley de 1989, arts. 6.19 y 6.22.

<sup>607</sup> Austria, Ley de 2005, art. 3.80 5); y Suiza, Ley Federal de 1931, arts. 13a a) y d) y 13b 1) d).

<sup>608</sup> Estados Unidos, Ley de Inmigración y Nacionalidad, art. 507 b) 2) D), c) 2), d) y e).

<sup>609</sup> Belarús, Ley de 1998, art. 30; Estados Unidos de América, Ley de Inmigración y Nacionalidad, art. 241 c) 2) C); Japón, Orden de 1951, arts. 54 2) y 3) y 55 3); Malasia, Ley de 1959-1963, art. 34 1); y República de Corea, Ley de 1992, arts. 65 y 66 2) y 3), y Decreto de 1993, arts. 79 y 80.

<sup>610</sup> China, Reglamento de 1986, art. 15; Estados Unidos de América, Ley de Inmigración y Nacionalidad, art. 241 a) 3); Francia, Código, arts. L513-4, L552-4, L552-5, L552-6, L552-7, L552-8, L552-9, L552-10, L552-11, L552-12 y L555-1; Hungría, Ley de 2001, art. 46 8); Japón, Orden de 1951, art. 52 6); Madagascar, Ley de 1962, art. 17; Nigeria, y Ley de 1963, art. 23 2); y República de Corea, Ley de 1992, art. 63 2), y Decreto de 1993, artículo 78 2) y 3).

<sup>611</sup> Australia, Ley de 1958, art. 254.

<sup>612</sup> *Ibid.*, arts. 209 y 211.

de ellos<sup>613</sup>. En ciertos Estados se establece de forma expresa que la devolución de un extranjero no podrá interpretarse como detención<sup>614</sup>.

251. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su Recomendación 1547 (2002) sobre procedimientos de expulsión conformes a los derechos humanos y ejecutados en el respeto de la seguridad y la dignidad, recomendó al Comité de Ministros que invitara de inmediato a los Estados miembros a adaptar sin demora su legislación y sus prácticas en materia de retención anterior a la expulsión, con objeto de:

a) Limitar la duración de la retención en zona de espera o de tránsito por un máximo de 15 días;

b) Limitar la duración de la retención en una comisaría al tiempo estrictamente necesario para que se inicie un eventual procedimiento de detención y separar a los extranjeros a quienes se tenga la intención de expulsar de las personas detenidas en relación con la comisión de delitos de derecho común;

c) Limitar la retención en prisión a las personas que representen un peligro comprobado para el orden público o la seguridad y separar a los extranjeros a quienes se tiene la intención de expulsar de las personas detenidas por delitos de derecho común;

d) Evitar que los extranjeros que deben ser expulsados queden detenidos en un establecimiento penitenciario, y, en particular:

- No mantener detenida a la persona en una celda;
- Prever acceso a lugares al aire libre así como a espacios privados y a espacios comunicados con el exterior;
- No impedir contactos con la familia y las organizaciones no gubernamentales;
- Garantizar el acceso a medios de comunicación con el exterior, como el teléfono y el correo;
- Velar por que, durante la detención, los extranjeros puedan trabajar en condiciones dignas y que tengan una remuneración adecuada, y participar en actividades deportivas y culturales;
- Garantizar el libre acceso a asesoramiento y asistencia letrada independiente;

e) Garantizar, bajo la supervisión periódica de un juez, la estricta necesidad y proporcionalidad de la detención y su mantenimiento a los efectos de llevar a cabo la expulsión, y de fijar el plazo de detención en un máximo de un mes;

f) Dar preferencia a otras medidas como alternativas a la detención que restrinjan menos la libertad, como la asignación a una residencia u otras formas de control o de seguimiento, por ejemplo, la obligación de inscribirse; y contar con centros de acogida abiertos;

g) Organizar los centros de retención de modo que estén a cargo de personas especialmente seleccionadas y capacitadas para prestar apoyo psicosocial y de

<sup>613</sup> Estados Unidos de América, Ley de Inmigración y Nacionalidad, arts. 103 a) 11) y 241 c) 2) B); Italia, Decreto Legislativo núm. 286 de 1998, art. 14 9), y Ley núm. 40 de 1998, art. 12 9); y Suiza, Reglamento de 1999, art. 15 2) y 3);

<sup>614</sup> Australia, Ley de 1958, artículo 198A 4).

asegurar en ellos la presencia permanente, o al menos habitual, de “mediadores interculturales”, intérpretes, médicos, psicólogos y la protección jurídica de asesores jurídicos.

252. Algunos tribunales nacionales han reconocido el derecho a detener extranjeros que eran objeto de un procedimiento de expulsión<sup>615</sup>. En cuanto a la duración de la detención, numerosos tribunales nacionales han determinado que solo puede detenerse a un extranjero el tiempo que sea razonablemente necesario para la

<sup>615</sup> “Por lo tanto, el Tribunal reconoció asimismo que la detención en el marco de un procedimiento de expulsión era un aspecto de dicho procedimiento que estaba convalidado por la Constitución”, *Charles Demore, District Director, San Francisco District of Immigration and Naturalization Service, et al., v. Hyung Joon Kim*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 29 de abril de 2003 [núm. 001-1491], 538 U.S. 510; “En virtud del párrafo 2 del artículo 22 de la Constitución de la Federación de Rusia, un extranjero o un apátrida presente en el territorio puede, en caso de deportación del territorio, mientras esté pendiente la decisión del juez, ser detenido el tiempo que sea necesario para concluir el procedimiento de expulsión, pero no más de 48 horas”, Tribunal Constitucional de la Federación de Rusia, *sentencia núm. 6, Control de la constitucionalidad de una disposición del párrafo 2 del artículo 31 de la Ley de 24 de julio de 1981 de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, “De la situación jurídica de los extranjeros en la URSS”, en relación con la demanda de Yahya Dashti Gafur*, Tribunal Constitucional de la Federación de Rusia, 17 de febrero de 1998; “Por razones de cautela, el Tribunal considera que, si, en opinión del Estado, redundaría en interés del orden público o de la seguridad nacional que M no pueda ser dejado en libertad mientras se encuentra a la espera de una eventual expulsión hacia un país que no sea Yugoslavia, o que se tome en relación con él alguna otra medida restrictiva, corresponde al propio Estado adoptar las medidas necesarias de conformidad con la ley”, *SM c. Ministro de Justicia*, Tribunal de Apelaciones de La Haya (Países Bajos), 29 de mayo de 1980; “Se admite que, cuando lo impone el interés público, la detención de una persona que va a ser expulsada es lícita mientras dure el tiempo necesario para que se adopten las medidas solicitadas con vistas a su traslado o transferencia al extranjero”, *In re de Souza*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 29 de octubre de 1934, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1933-1934, H. Lauterpacht (dir. publ.), causa núm. 139, pág. 334; “El argumento según el cual habría que dejar al extranjero en libertad mientras su causa se encuentre en trámite es claramente incompatible con las opiniones citadas precedentemente; un argumento de esa índole equivaldría a restringir o prohibir el ejercicio de las facultades mencionadas *supra*. Si los servicios de inmigración deciden no expulsar al extranjero o si el solicitante decide no optar por una solución de esa índole, no hay alternativa a la detención en un centro de internamiento para inmigrantes mientras se concluye el procedimiento necesario para su admisión en el territorio”. *In re Grunblatt*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Argentina, 7 de abril de 1948, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1948, H. Lauterpacht (dir. publ.), causa núm. 84, pág. 278; “Esta segunda disposición autoriza al poder ejecutivo a ordenar la detención de los extranjeros más peligrosos durante el período anterior a su reconducción a la frontera cuando así lo exige la seguridad nacional”, *In re Bernardo Groisman*, op. cit., pág. 346; “En la causa *R v. Governor of Durham Prison, ex parte Singh* [1984] 1 All ER 983, [1984] 1 WLR 704, se decidió en una resolución judicial que no ha sido jamás cuestionada (y que ha sido incluso reafirmada por el Consejo Privado en la causa *Tan Te Lam v. Superintendent of Tai A Chau Detention Centre* [1996] 4 All ER 256, [1997] AC 97), que dicha detención solo estaba permitida durante el tiempo que fuera razonablemente necesario para concluir el procedimiento de expulsión”, *A et al. v. Secretary of State for the Home Department*, Cámara de los Lores del Reino Unido, [2004] UKHL 56, [2005] 2 AC 68, [2005] 3 All ER 169, 16 de diciembre de 2004 (Lord Bingham de Cornhill); *Rex v. Governor of H.M. Prison at Brixton and the Secretary of State for Home Affairs, ex parte Sliwa*, Tribunal de Apelaciones de Inglaterra, 20 de diciembre de 1951, *International Law Reports*, 1951, H. Lauterpacht (dir. publ.), causa núm. 95, págs. 310 a 313; *Aronowicz v. Minister of the Interior*, op. cit., págs. 258 y 259; y *Al-Kateb v. Godwin*, Tribunal Superior de Australia, [2004] HCA 37, 6 de agosto de 2004.



adopción de medidas encaminadas a su deportación<sup>616</sup>. En algunos casos, los tribunales han considerado excesiva la detención durante períodos prolongados mientras se tramitaba el procedimiento de expulsión<sup>617</sup>.

<sup>616</sup> Véase por ejemplo, *In re de Souza*, op. cit., pág. 334: “Se entiende que la detención de la persona que se pretende expulsar durante el tiempo necesario para tramitar su embarque o traslado al extranjero es lícita si hay motivos de interés público que lo justifiquen”; “Para responder a esa pregunta, el Tribunal de Apelaciones que entiende en la causa debe preguntarse si la detención es demasiado prolongada en relación con el tiempo necesario para preparar su traslado al extranjero”, *Kestutis Zadvydas, Petitioner v Christine G. Davis*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 533 U.S. 678, 28 de junio de 2001; “Por justificables que sean los motivos de orden público que lleven al poder ejecutivo a decretar la expulsión de una persona de su territorio, es indudable que la privación de libertad a tal fin no debe prolongarse más allá del plazo en que esa medida de precaución pasaría a ser una pena impuesta sin fundamento jurídico”, *In re Flaumembraum*, Cámara Criminal de la Capital, 24 de junio de 1941, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1941-1942, H. Lauterpacht (ed.), causa núm. 94, pág. 313.

<sup>617</sup> Véase, por ejemplo, Tribunal Constitucional de la Federación de Rusia, sentencia núm. 6, op. cit.; “Tal decisión [en la causa *Groisman*] no puede interpretarse en el sentido de que se reconoce el derecho del poder ejecutivo de prolongar la detención en el país de una persona que tenga en él su domicilio, incluso a efectos de garantizar que se lleve a cabo su expulsión legal, más allá del plazo en que esa medida de precaución pasaría a ser una pena impuesta sin fundamento jurídico, en el presente caso diecinueve meses sin ser juzgado ni oído por decisión de un poder del Estado que no está facultado para adoptar ese tipo de medidas ni siquiera durante un estado de sitio (Constitución Nacional, arts. 23, 29 y 95). Por el contrario, corresponde a los tribunales determinar en cada caso si la detención rebasa o no los límites razonables”, *In re Cantor*, Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), 6 de abril de 1938, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1938-1940, H. Lauterpacht (dir. publ.), causa núm. 143, págs. 392 y 393; *In re Hely*, Corte Federal y de Casación de Venezuela, 16 de abril de 1941 (tomado de ILR, 1941-42, pág. 313) (el extranjero debe ser puesto en libertad, dado que el tiempo que lleva detenido rebasa el de la pena (de seis meses a un año) que la ley establece para el delito de que se le acusa); *In re de Souza*, op. cit., págs. 333 y 334 (la detención por un período de siete meses es ilícita). No obstante, véase *In re Bernardo Groisman*, op. cit., págs. 345 a 347 (el período de detención puede superar los tres días); “Por consiguiente, las negociaciones para la recepción de un deportado suelen ser prolongadas, y el período de siete semanas durante el cual Aronowicz permaneció detenido no puede considerarse excesivo. No hay pruebas de que el Ministro haya actuado de mala fe y, por consiguiente, no se ha excedido en sus facultades”, *Aronowicz v Minister of the Interior*, op. cit., págs. 258 y 259; *Re Janoczka*, Tribunal de Apelaciones de Manitoba (Canadá), 4 de agosto de 1932, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1931-1932, H. Lauterpacht (dir. publ.), causa núm. 154, págs. 291 y 292 (la detención por un período de nueve meses mientras se negociaba la admisión en otro Estado no se consideró una dilación indebida); “El plazo que los jueces han estimado adecuado en tiempo de paz oscila entre uno y cuatro meses. Tal vez, un plazo más largo pueda estar justificado en tiempo de guerra”, *United States Ex Rel. Janivaris v. Nicolls*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Massachussets, 20 de octubre de 1942, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1941-1942, H. Lauterpacht (ed.), causa núm. 95, págs. 317 (se omiten las citas).

253. En una serie de causas recientes<sup>618</sup>, algunos tribunales nacionales se preguntaron si podía detenerse indefinidamente a un extranjero si no podía expulsárselo en un futuro próximo. El Tribunal Constitucional de la Federación de Rusia, en una causa sobre la que se pronunció en 1998<sup>619</sup>, examinó, en relación con la expulsión de un extranjero apátrida, la constitucionalidad de una ley que se consideraba permitía la detención indefinida del extranjero. El Tribunal declaró lo siguiente:

6. Con arreglo al artículo 22, párrafo 2, de la Constitución de la Federación de Rusia, un extranjero o un apátrida que se encuentre en el territorio de la Federación de Rusia podrá, en caso de deportación del territorio de la Federación, ser detenido durante el período necesario para su deportación y hasta que recaiga la correspondiente sentencia judicial, siempre que dicho período no exceda de 48 horas. La persona sólo podrá permanecer detenida por más tiempo si así lo dispone una sentencia judicial y siempre que sea la única forma de garantizar que la deportación se lleve a cabo.

Por consiguiente, es necesaria una decisión judicial para brindar protección a la persona no solo frente a la prolongación arbitraria del período de detención más allá de 48 horas, sino también frente a una detención ilícita como tal, ya que, en cada caso, el tribunal evalúa la licitud y validez de haberse recurrido a la detención de la persona de que se trate. Del artículo 22 de la Constitución de la Federación de Rusia, en relación con el artículo 55 (párrs. 2 y 3) se desprende que la detención por un período indefinido no puede considerarse una restricción admisible del derecho individual a la libertad y la seguridad personal y constituye, en esencia, una denegación de ese derecho. Por ello, la disposición de la ley de la Unión Soviética relativa a la situación jurídica de los extranjeros en ese país que trata de la detención necesaria en espera de la expulsión, que el demandante cuestiona, no puede servir de base para justificar la detención por un período indefinido, aun cuando la solución de la cuestión de la expulsión de un apátrida pueda demorarse porque no haya ningún Estado que acepte recibir a la persona que se deporta.

De lo contrario, la detención como medida necesaria para garantizar la ejecución de la decisión de deportación se convertiría en una forma autónoma

<sup>618</sup> En las causas anteriores en que se abordó la cuestión de la detención indefinida de extranjeros en espera de expulsión se llegó a las siguientes conclusiones: “El derecho a detener y mantener en prisión a un extranjero no es más que una consecuencia natural del derecho a expulsar o deportar: ni este tribunal ni ningún otro del país están facultados para mantener indefinidamente en prisión a un ciudadano o un extranjero en su sano juicio, excepto como castigo por la comisión de un delito. La esclavitud fue derogada por la Decimotercera Enmienda a la Constitución. Es obvio que los procedimientos de deportación o expulsión no son penas que se impongan como sanción”, Petición de Brooks, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Massachusetts, 28 de abril de 1925, *Annual Digest of Public International Law Cases, 1927-1928*, A. D. McNair y H. Lauterpacht (dir. publ.), causa núm. 232, pág. 340; “No obstante, la prisión indefinida no tiene fundamento alguno en la ley, porque vulnera los principios de defensa de la libertad y los imperativos de justicia consagrados en nuestra legislación”, *In re de Souza*, op. cit., págs. 333 y 334; *in re Forster*, Tribunal Federal Supremo del Brasil, 28 de enero de 1942 (la legislación anterior que limitaba la duración de la detención había sido derogada, de modo que en ese momento no existía un límite y el plazo quedaba a discreción del Ministerio de Justicia).

<sup>619</sup> Tribunal Constitucional de la Federación de Rusia, sentencia núm. 6, op. cit.

de sanción que no está prevista en la legislación de la Federación de Rusia y contraviene las normas de la Constitución de la Federación de Rusia antes citadas<sup>620</sup>.

254. En *Zadvydas v. Davis*<sup>621</sup>, se pidió al Tribunal Supremo de los Estados Unidos que se pronunciara sobre la constitucionalidad de una ley por la cual un extranjero presente en los Estados Unidos<sup>622</sup> podía quedar detenido indefinidamente en espera de la deportación<sup>623</sup>. En vez de invalidar la ley, el Tribunal observó que:

“Sin embargo, según un principio esencial de interpretación del derecho, cuando una Ley del Congreso plantea ‘dudas graves’ en cuanto a su constitucionalidad, ‘este Tribunal debe determinar en primer lugar si es razonablemente posible interpretar la ley de modo que sea compatible con la Constitución’”<sup>624</sup>.

A continuación el Tribunal formuló las siguientes observaciones:

“Una ley que permitiera la detención indefinida de un extranjero plantearía un grave problema constitucional. La cláusula de garantías procesales de la Quinta Enmienda prohíbe al Gobierno ‘privar a cualquiera ... de su libertad ... sin las debidas garantías procesales’. El derecho a no ser encarcelado —a no ser objeto de detención, prisión u otras formas de restricción física por orden del Gobierno— constituye la esencia de la libertad que esa cláusula protege. Véase *Foucha v. Louisiana*, 504 U. S. 71, 80 (1992). [...]”

Según el Gobierno, la ley tiene dos finalidades normativas:

“garantizar la comparecencia de los extranjeros en futuros procedimientos de inmigración”. Memorial presentado por la defensa, núm. 99-7791, pág. 24. Sin embargo, por definición, la primera justificación —impedir la huida— es poco sólida cuando la expulsión parece, en el mejor de los casos, una posibilidad remota. Como declaró este Tribunal en *Jackson v. Indiana*, 406 U. S. 715 (1972), cuando en la práctica ya no es factible lograr el objetivo de la

<sup>620</sup> El Tribunal también declaró que la ley era inconstitucional, en la medida en que permitía la detención durante más de 48 horas sin que mediara una resolución judicial. Tribunal Constitucional de la Federación de Rusia, sentencia núm. 6, op. cit.

<sup>621</sup> *Kestutis Zadvydas, Petitioner, v. Christine G. Davis e Immigration and Naturalization Service v. Kim Ho ma*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 28 de junio de 2001, núms. 99-7791 y 00-38.

<sup>622</sup> Aunque no un extranjero que solicitara ser admitido en ese país. Véase análisis en *Clark v. Martínez, infra*. En la causa *Zadvydas*, el Tribunal no llegó a la misma conclusión que en las otras causas en que, al parecer, había autorizado la detención indefinida basándose en los mismos motivos, como en *Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei*, 345 U. S. 206 (1953) (en que un extranjero que había entrado legalmente en los Estados Unidos y a quien, tras volver a ese país después de un viaje al extranjero, se había denegado la entrada y había permanecido detenido indefinidamente en Ellis Island porque el Gobierno no había podido encontrar otro país que lo recibiera).

<sup>623</sup> “La ley no establece límites en cuanto al tiempo que un extranjero que entra en una de las categorías del artículo 1231 a) 6) puede permanecer detenido una vez que vence el plazo necesario para el cumplimiento de la orden de expulsión”, *Kestutis Zadvydas*, op. cit., pág. 689.

<sup>624</sup> *Ibid.*, (en referencia a *Crowell v. Benson*, 285 U. S. 22, 62 (1932)). Véanse también *United States v. X-Citement Video, Inc.*, 513 U. S. 64, 78 (1994); *United States v. Jin Fuey Moy*, 241 U. S. 394, 401 (1916); *Almendarez-Torres v. United States*, 523 U. S. 224, 238 (1998) (la interpretación que se dé a una ley para evitar que se la deje sin efecto refleja acertadamente la voluntad del Congreso).

detención, ésta ‘deja de tener una relación razonable con el fin que se perseguía al detener a la persona’. Ídem., pág. 739.”<sup>625</sup>

Por consiguiente, el Tribunal declaró que:

“Al contestar a la pregunta básica [de si la existencia de determinadas circunstancias que justifiquen la detención durante el período que se estime razonablemente necesario para garantizar la expulsión, o más allá de él, puede condicionar la valoración de si la detención se ajusta o no a lo previsto en la ley], el tribunal del hábeas corpus debe preguntarse si la detención en cuestión rebasa el período razonablemente necesario para llevar a cabo la expulsión. La razonabilidad debe ponderarse en primer lugar teniendo en cuenta la finalidad básica de la ley, es decir, garantizar la presencia del extranjero en el momento de la expulsión. Por consiguiente, si no existe una posibilidad razonable de expulsión, el tribunal debe estimar que no es razonable mantener detenido al extranjero y que la detención ha dejado de estar autorizada por la ley. En tal caso, claro está, la puesta en libertad del extranjero puede y debe estar sujeta a la modalidad de liberación bajo supervisión que mejor se ajuste a las circunstancias, y el extranjero podrá ser detenido de nuevo si incumple alguna de las condiciones que se le impongan. [...]

Somos conscientes de que reconocer ese necesario margen de maniobra al Ejecutivo a menudo exigirá realizar valoraciones complejas.

Para limitar los casos en que los tribunales tengan que emitir ese tipo de juicios, entendemos que, en la práctica, es necesario establecer alguna presunción sobre qué debe entenderse por período de detención razonable. [...]

Aunque existen argumentos en favor de limitar cualquier presunción a 90 días, no estamos seguros de que cuando el Congreso redujo el período de detención a 90 días en 1996 creyera que todas las expulsiones razonablemente previsibles pudieran llevarse a cabo en ese plazo.

Sin embargo, existen motivos para creer que anteriormente el Congreso había cuestionado la constitucionalidad de una detención superior a seis meses.

(Véase Juris. Declaración de los Estados Unidos en *United States v. Witkovich*, O. T. 1956, núm. 295, págs. 8 y 9). Por consiguiente, en aras de la uniformidad de criterio de los tribunales federales, reconocemos la existencia de tal plazo.

Pasados esos seis meses, cuando haya motivos para pensar que es poco probable que la expulsión del extranjero se decrete en un futuro razonablemente previsible, el Gobierno deberá producir elementos de prueba suficientes para refutar esa opinión. Y dada la prolongación cada vez mayor del período de detención anterior a la expulsión, para que la detención siga siendo razonable, lo que se entiende por ‘futuro razonablemente previsible’ tendrá que ser, por el razonamiento inverso, cada vez más cercano. Es evidente que esa presunción de los seis meses no significa que todos los extranjeros

---

<sup>625</sup> No obstante, el Tribunal limitó el alcance de su decisión a la expulsión de extranjeros en situación regular y observó expresamente que “tampoco se refiere a casos de terrorismo ni a otras circunstancias particulares con respecto a las cuales podrían invocarse argumentos especiales para justificar la aplicación de modalidades de detención preventiva o privilegiar las decisiones del poder público respecto de cuestiones de seguridad nacional”, *Kestutis Zadvydas*, *ibid.*, págs. 690 y 696.

deban ser puestos en libertad después de seis meses. Por el contrario, un extranjero puede permanecer detenido hasta que se determine que es poco probable que se le expulse en un futuro razonablemente previsible.”<sup>626</sup>

255. Posteriormente, en la causa, *Clark v. Martínez*<sup>627</sup>, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América entendió que su conclusión de que un extranjero solo podía permanecer detenido durante el tiempo que fuera razonablemente necesario para ejecutar la orden de expulsión se aplicaba asimismo a los extranjeros que eran objeto de una orden de devolución. Por consiguiente, dicho Tribunal declaró que:

“Dado que el Gobierno no dio ninguna razón para justificar el hecho de que el período razonablemente necesario para llevar a cabo la expulsión era más largo en el caso de un extranjero inadmisibles, se aplica en este caso la presunción establecida en la causa *Zadvydas* de que la detención debe durar seis meses (Véase 533 U. S., págs. 699 a 701). El período de detención de Martínez y Benítez rebasó con creces los seis meses contados desde el momento en que sus órdenes de expulsión quedaron firmes. Dado que el Gobierno no ha aportado ningún argumento que indique que sigue siendo muy probable que se produzca la expulsión pese al transcurso de seis meses (de hecho, reconoce que ni siquiera mantiene ya negociaciones con Cuba para la repatriación), y que el Tribunal de Distrito ha determinado en ambos casos que la expulsión a Cuba no es razonablemente previsible, deberían haberse concedido las peticiones de puesta en libertad”<sup>628</sup>.

256. De una cuestión similar se ocupó el Tribunal Superior de Australia en la causa *Al-Kateb v. Godwin*<sup>629</sup>, en la que examinó si la detención administrativa de extranjeros en situación irregular podía prolongarse indefinidamente. El Tribunal reafirmó la constitucionalidad de la ley impugnada. El Juez McHugh observó que:

“Una ley por la que se exige la detención de un extranjero tiene su razón de ser en la finalidad de la detención. La detención no es una sanción si tiene por objeto garantizar la disponibilidad del extranjero a efectos de su deportación o impedir su entrada en Australia o en la comunidad australiana.”<sup>630</sup>

257. Varios magistrados también se han referido a las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en la causa *Zadvydas v. Davis*<sup>631</sup>, la Queen’s Bench Division del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en la causa *R. v. Governor of Durham Prison, ex parte Hardial Singh*<sup>632</sup>, y el Consejo Privado de Hong Kong en la causa *Tan Te Lam v. Superintendent of Tai A Chau*

<sup>626</sup> *Ibid.*, págs. 699 a 701.

<sup>627</sup> *Seattle, Immigration and Customs Enforcement, et al. v. Martínez*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 12 de enero de 2005, núm. 03-878.

<sup>628</sup> *Ibid.*, pág. 15.

<sup>629</sup> *Al-Kateb v. Godwin*, Tribunal Superior, 6 de agosto de 2004, 2004 HCA 37.

<sup>630</sup> *Ibid.*

<sup>631</sup> *Kestutis Zadvydas*, op. cit.

<sup>632</sup> “Aunque la facultad de realizar detenciones que el párrafo 2 otorga al Secretario de Estado no está sujeta a ninguna limitación temporal expresa, estoy convencido de que está sujeta a limitaciones. En primer lugar, el Secretario de Estado solo puede ordenar la detención si la persona detenida se encuentra a la espera de que se apruebe la orden de expulsión, o a la espera de que se ejecute dicha orden. En segundo lugar, dado que la facultad se le otorga para que el procedimiento de deportación pueda ponerse en marcha, entiendo que, de forma implícita, la facultad de detención se limita al período razonablemente necesario para conseguir ese fin”, *Regina v Governor of Durham Prison, ex parte Hardial Singh*, [1984] 1 WLR 704; [1984] 1 All ER 983.

*Detention Centre*<sup>633</sup>, en las que se declaró que era ilícito detener a una persona indefinidamente. Hicieron notar que la impugnación de la detención indefinida no había prosperado en las causas *Lloyd v. Wallach*<sup>634</sup>, sobre la Ley de precauciones en tiempo de guerra de 1914 (Cth), y *ex parte Walsh*<sup>635</sup>, referente al Reglamento general de seguridad nacional de 1939 (Cth).

258. En la causa *Al-Kateb* también se argumentó que, aunque la ley era constitucional, no se había decidido la cuestión de si la ley se ajustaba a las obligaciones internacionales de Australia. El Tribunal sostuvo expresamente que la Constitución debía interpretarse con arreglo a los principios de derecho internacional público al declarar que las normas de derecho internacional que existían en la época en que había sido aprobada la Constitución podían, en algunos casos, aclarar el sentido de una de sus disposiciones<sup>636</sup>.

259. En la causa *A and others v. Secretary of State for the Home Department*<sup>637</sup>, se trataba de saber si, en virtud de una derogación del artículo 5 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, se podía detener indefinidamente a los extranjeros contra los que se hubiera dictado una orden de expulsión pero cuya deportación no fuera posible.

260. Se observó que, conforme a la sentencia dictada anteriormente por la Cámara de los Lores en la causa *R. v. Governor of Durham Prison ex parte Singh*, las personas sujetas a expulsión solo podían ser detenidas “... por el tiempo razonablemente necesario para llevar a cabo el procedimiento de expulsión”<sup>638</sup>. Sin embargo, se recordó que, con arreglo a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la causa *Chahal*, algunas personas relacionadas con la comisión de actos de terrorismo internacional no podían ser expulsadas del Reino Unido. Por tal motivo se había presentado una solicitud oficial de derogación del artículo 5 del Convenio.

261. La Cámara de los Lores llegó a la conclusión de que las disposiciones de la ley impugnadas que permitían la detención indefinida de extranjeros sin que se formularan acusaciones en su contra ni se dictara sentencia eran ilícitas a pesar de que se hubiese solicitado una derogación. Se consideró que las disposiciones eran desproporcionadas y discriminatorias, ya que se aplicaban de forma distinta a los nacionales y los extranjeros sospechados de la comisión de actos de terrorismo. Lord Bingham de Cornhill observó que:

<sup>633</sup> *Tan Te Lam v Superintendent of Tai A Chau Detention Centre*, Consejo Privado de Hong Kong [1997] AC 97.

<sup>634</sup> *Lloyd v Wallach*, 20 CLR 299 (1915).

<sup>635</sup> *Ex parte Walsh*, [1942] ALR 359.

<sup>636</sup> “Por último, a diferencia de lo que sostiene el magistrado Kirby, los tribunales no pueden interpretar la Constitución tomando como referencia las disposiciones del derecho internacional aceptadas con posterioridad a la promulgación de la Constitución en 1900. Las normas de derecho internacional vigentes en esa época pueden aclarar, en algunos casos, el sentido de una disposición constitucional.”, *Ex parte Walsh*, [1942] ALR 359 (Gleeson, C. J.).

<sup>637</sup> *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, Cámara de los Lores del Reino Unido [2004] UKHL 56, [2005] 2 AC 68, [2005] 3 All ER 169, 16 de diciembre de 2004.

<sup>638</sup> *Ibid.*, párr. 8 (Lord Bingham de Cornhill). Lord Nicholls de Birkenhead observó que “la prisión indefinida sin formular cargos ni celebrar juicio es inaceptable en cualquier país que respete el estado de derecho. Tal situación priva al detenido de la protección que le brinda el proceso penal. Para que esta medida tan extrema pueda justificarse deben concurrir circunstancias verdaderamente excepcionales”.

“El artículo 15 establece que la derogación de esas disposiciones no puede exceder lo que exija estrictamente la situación y la prohibición de discriminación por razones de nacionalidad o por la condición de inmigrante no ha sido objeto de derogación alguna. El artículo 14 sigue estando plenamente en vigor. Toda medida discriminatoria afecta inevitablemente a un reducido grupo de personas y no a un grupo mayor, pero no puede justificarse alegando que los perjudicados serían más si la medida se aplicara con carácter general. Lo que debe justificarse no es la medida en cuestión sino la diferencia de trato entre una persona o grupo y otros. Lo que no puede justificarse aquí es la decisión de detener a un grupo de presuntos terroristas internacionales, definidos por su nacionalidad o su condición de inmigrantes, y no a otro.”<sup>639</sup>

#### 4. Duración de la detención

262. La duración de la detención tiene efectos innegables en las condiciones de detención. La duración de la detención es el período que transcurre entre el día en que la persona fue detenida con miras a su expulsión y el día de su puesta en libertad o de su expulsión efectiva. No existen convenciones internacionales que establezcan con precisión la duración permitida de una detención con miras a la expulsión de una persona. En la jurisprudencia internacional, si bien se recomienda que la detención debe tener una duración *razonable* y se considera que ciertos períodos de *detención* son *excesivos*, no se determinan con exactitud sus límites. Sin embargo, cabe señalar que la duración de la detención solo puede calcularse cuando el procedimiento de expulsión es regular. En la causa *Hokic y Hrustic c. Italia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró que “un período de detención es en principio regular si obedece al cumplimiento de una decisión judicial. La constatación ulterior de un error del juez no puede incidir, en derecho interno, en la validez de la detención ocurrida en ese intervalo de tiempo”<sup>640</sup>.

263. La mayoría de las legislaciones nacionales limitan la duración de la detención efectuada con miras a la expulsión. Los plazos varían de un Estado a otro y pueden ser prorrogados. Sin embargo, es difícil que esas disposiciones se respeten en la práctica dado que, en las palabras de un autor: “El tiempo tiene dos funciones en el centro de retención. Por una parte, comprende el plazo necesario para establecer la identidad del extranjero detenido y entregarle los documentos correspondientes (pasaporte, laissez-passer, etc.). Por otra parte, el plazo sirve para intentar modificar la conducta de la persona detenida en relación con su expulsión, a fin de que, por ejemplo, coopere en la organización de su propia expulsión, por ejemplo, dando sus señas particulares (estado civil, país de tránsito, etc.)”<sup>641</sup>. La decisión de detener a un extranjero con miras a su expulsión puede ser considerada de distintas maneras por las autoridades de un mismo Estado. De conformidad con las legislaciones nacionales, puede detenerse a un extranjero como consecuencia de una decisión administrativa o judicial. En general, se trata de decisiones dictadas en aplicación de una cláusula de ejecución directa. Normalmente, corresponde a la autoridad que ha dictado la orden de detención establecer un plazo para esa detención y prorrogarla.

<sup>639</sup> Ibid., párr. 68.

<sup>640</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, causa *Hokic et Hrustic c. Italia*, sentencia de 1 de diciembre de 2009, párr. 22.

<sup>641</sup> F. P. Weber, “Expulsion: genèse et pratique d’un contrôle en Allemagne (partie 1)”, *Cultures et Conflits*, núm. 23, otoño de 1996 [versión electrónica], en línea desde el 15 de marzo de 2006, <http://conflitsrevues.org/index350.html>. Consultado el 31 de mayo de 2009.

264. *En Alemania*, el artículo 57 4) 3) de las Leyes de extranjería de 9 de julio de 1990 y 30 de junio de 1993 dispone que “[l]a detención que se ordena por razones de seguridad [*Sicherungshaft*] puede tener una duración de seis meses”. La ley prevé la posibilidad de que se prorrogue esa duración por 12 meses cuando el extranjero “obstaculice” su expulsión, de modo que la duración total de la retención puede llegar a los 18 meses. La decisión de prorrogar el plazo debe adoptarse con arreglo al mismo procedimiento que la orden inicial de retención. En la práctica, como los tribunales ordinarios no se especializan en el derecho de los extranjeros<sup>642</sup>, adoptan en general la posición de la administración y consideran que las órdenes de retención son válidas por tres meses y que pueden prorrogarse en caso de ser necesario. El alojamiento de las personas en centros de retención está regulado en el artículo 57 de las leyes de extranjería de 9 de julio de 1990 y 30 de junio de 1993.

265. *En Bélgica*, la Ley de 15 de diciembre de 1980 establece que, en principio, la duración de la detención no puede exceder de cinco meses, que pueden llegar a ser ocho cuando razones de orden público o seguridad nacional así lo justifiquen. Por otra parte, en la práctica la detención no tiene un plazo establecido en Bélgica, dado que en este comienza a correr de nuevo cada vez que una persona se opone a ser expulsada. Sin embargo, las detenciones de un año parecen ser excepcionales<sup>643</sup>. Los datos sobre la duración de las detenciones suministrados por el Ministerio del Interior solo ofrecen una visión parcial de la realidad, dado que reflejan el sistema que se utiliza para calcular la duración de las detenciones. Los únicos datos comunicados por la Oficina de Extranjeros son la duración media de las detenciones por centro y no la duración media por detenido. Por lo tanto, no se tiene en cuenta la duración total del plazo durante el cual una persona ha estado realmente detenida, ya que no se tienen en cuenta las transferencias de un centro a otro, que son numerosas. Como ejemplo, en el informe del centro “127 bis” correspondiente a 2006 se señala que “entre las 2.228 personas inscritas, 126 provenían de otros centros: en 2006, 176 residentes fueron transferidos hacia otro centro cerrado”<sup>644</sup>. Un detenido que hubiera pasado dos meses en el centro “127”, tres meses en el centro “127 bis” y 24 horas en el “INAD” antes de ser repatriado figuraría en las estadísticas tres veces. Para la Administración, no se tratará de una persona que ha pasado más de cinco meses detenida, por el contrario, desde el punto de vista estadístico, se tratará de tres personas, que aparecerán como habiendo sido detenidas por dos meses, tres meses y 24 horas, respectivamente. Paradójicamente, esa persona, que habrá pasado cinco meses detenida en centros cerrados, posibilitará que la Administración compute estadísticas sobre la duración de la detención considerablemente más bajas<sup>645</sup>. Según las organizaciones no gubernamentales, en Bélgica, a pesar de que el plazo máximo de detención previsto en la ley es de cinco meses, las detenciones son en la práctica mucho más prolongadas. Algunas personas ya han pasado más de un año seguido en distintos centros cerrados. Los efectos psicológicos de detenciones tan prolongadas son devastadores para las personas<sup>646</sup>.

<sup>642</sup> Los asuntos contenciosos en los que es parte un extranjero son competencia de los tribunales administrativos.

<sup>643</sup> Parlamento Europeo, Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, informe de la delegación de esa Comisión sobre la visita a los centros cerrados para solicitantes de asilo e inmigrantes de Bélgica, de 11 de octubre de 2007, Relator: Gisuto Catania, pág. 3.

<sup>644</sup> *Ibid.*

<sup>645</sup> *Ibid.*, pág. 5.

<sup>646</sup> *Ibid.*, pág. 7.



266. *En Dinamarca* no hay plazos establecidos para la duración total de la detención. La decisión de prorrogar el plazo debe adoptarse con arreglo al mismo procedimiento que la orden inicial de detención y debe respetar el principio de proporcionalidad: el juez debe verificar que se siga adelante con el procedimiento de la expulsión y que ésta se produzca en un plazo “razonable”.

267. *En España*, la duración de la detención, que debe limitarse al mínimo necesario, no puede superar los 40 días. Se puede recurrir de la orden de detención en un plazo de tres días ante el magistrado que la ha dictado y, subsidiariamente, puede solicitarse la revisión de la medida ante una instancia superior. Estos recursos no tienen efecto suspensivo. Al término de 40 días, los extranjeros que no hayan podido ser expulsados —por ejemplo, porque carecen de documentos o porque las autoridades de su país se niegan a cooperar— son puestos en libertad. Esas personas no pueden ser objeto de una nueva medida de detención por los mismos motivos, pero la orden de expulsión dictada en su contra los condena a la marginalidad, dado que les impide encontrar vivienda y trabajar legalmente.

268. *En Italia*, el Tribunal Constitucional estableció que a partir de 2001 la detención constituía una privación de libertad que era incompatible con el artículo 13 de la Constitución, según el cual “se prohíbe toda restricción a la libertad individual que no se base en un acto fundado de la autoridad judicial, en los casos y con arreglo a las formas previstas por la ley”. Por lo tanto, las órdenes de detención deben ser confirmadas por un magistrado. La duración de la detención es de 30 días como máximo. A instancias de la policía, el magistrado puede prorrogarla por otros 30 días. La decisión de prorrogar la detención puede ser recurrida en casación, con efectos devolutivos. El recurso debe interponerse en un plazo de 60 días.

269. *En Suiza*, el artículo 76 de la Ley de extranjería dispone, en relación con la detención con miras a la devolución o la expulsión, que:

“2 – La duración de la detención a la que se refiere el inciso 5 del apartado b) del párrafo 1, no puede exceder de 20 días.

3 – La duración de la detención a la que se refieren los incisos 1 a 4 de los apartados a) y b) del párrafo 1 no puede exceder de tres meses; si existen obstáculos concretos a la ejecución de la devolución o la expulsión, puede prorrogarse la detención con el acuerdo de la autoridad judicial cantonal por un plazo de 15 y 9 meses como máximo para los menores de entre 15 y 18 años de edad. El plazo de detención al que se refiere el párrafo 2 debe incluirse en el cálculo del plazo máximo de detención.”

270. El artículo L554-1 del Código de entrada y residencia de extranjeros en Francia dispone que “[u]n extranjero no puede ser retenido por más tiempo que el que sea estrictamente necesario para su partida. La Administración debe ejercer la mayor diligencia posible al respecto”. Por lo tanto, sería importante que la Administración publicara los plazos de detención por detenido y no solo por centro, lo que parece posible desde el punto de vista técnico. La intervención simultánea de autoridades administrativas y judiciales en materia de detención de personas que son objeto de un procedimiento de expulsión crea confusión y no permite controlar los plazos de detención. Además, la posibilidad de que se prorrogue la detención lleva aparejada inevitablemente dificultades en el cálculo de la duración de la detención.

271. A fin de calcular la duración de la detención, las jurisdicciones internacionales, en este caso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tienen en cuenta el plazo

que transcurre entre el día en que comenzó la detención del extranjero con miras a su expulsión y el día de su puesta en libertad<sup>647</sup>. Los plazos de detención no pueden calcularse cuando un procedimiento de expulsión es irregular o la autoridad abusa de sus facultades.

272. Además de la jurisprudencia y la doctrina, también hay acuerdo entre las instituciones internacionales respecto de la necesidad de limitar la detención con miras a la expulsión a un plazo relativamente breve a fin de no prolongar la privación de libertad de la persona de que se trate. La recomendación 1547 (2002), de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre procedimientos de expulsión conformes a los derechos humanos ejecutados en el respeto de la seguridad y la dignidad, en su párrafo 13, recomienda al Comité de Ministros que inviten insistentemente a los Estados miembros,

“a adaptar sin demora su legislación y sus prácticas en materia de retención anterior a la expulsión, a fin de:

*a.* Limitar la duración de la detención en la zona de espera o de tránsito a un máximo de 15 días;

*b.* Limitar la duración de la detención en una comisaría al tiempo estrictamente necesario para que se inicie un eventual procedimiento de detención y separar a los extranjeros que sean objeto de un procedimiento de expulsión de las personas a quienes se interroga sobre delitos de derecho común.”

273. La duración de la detención debe ajustarse a lo previsto en la ley. Es lo que decidió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la causa *Shamsa*, en relación con dos nacionales libios que se encontraban ilegalmente en Polonia y contra quienes se dictó una orden de expulsión por atentado contra el orden público. Esas personas fueron detenidas con miras a su expulsión y, tras varios intentos infructuosos de expulsarlos, la policía de frontera los detuvo en la zona de tránsito del aeropuerto de Varsovia. En cuanto al carácter arbitrario de esa privación de libertad y su incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal señaló que el principio general de seguridad jurídica debía respetarse y que “es [por lo tanto] esencial que las condiciones de privación de libertad establecidas en el derecho interno estén claramente definidas y que la propia ley sea previsible en su aplicación, a fin de que cumpla con el criterio de “legalidad” previsto en el Convenio (...)”<sup>648</sup>. En este caso concreto, los solicitantes habían sido detenidos durante un plazo que excedía el previsto por la ley polaca, que no precisa si es posible una detención de esa índole. Por lo tanto, el Tribunal decidió que la ley nacional no cumplía la condición de “previsibilidad” a los fines del párrafo 1 del artículo 5 del Convenio y que dado que la decisión de expulsión había sido ejecutada sin fundamento jurídico alguno<sup>649</sup>, la privación de

<sup>647</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, causa *Hokic et Hrustic c. Italia*, sentencia de 1 de diciembre de 2009.

<sup>648</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 27 de noviembre de 2003, *Shamsa contre Pologne*, párr. 49.

<sup>649</sup> *Ibid.*, párr. 53. Para otro ejemplo de detención sin fundamento jurídico, véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 23 de mayo de 2001, *Denizci e.a. contre Chypre*, recueuil 2001-V (detención de emigrados chipriotas con miras a su expulsión de la República de Chipre hacia la parte norte de la isla).

libertad no se había producido con arreglo “al procedimiento establecido por la Ley”, en el sentido del artículo.

274. En cuanto a la prórroga de una detención, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estimó que debía ser decidida por una jurisdicción o una persona que pudiera ejercer funciones judiciales<sup>650</sup>. En el párrafo 59 de la sentencia dictada en la causa *Shamsa*, el Tribunal dedujo esa norma del artículo 5 en su conjunto, y en particular, del apartado c) del párrafo 1<sup>651</sup> y del párrafo 3<sup>652</sup>. El Tribunal se refiere asimismo a “la garantía de *habeas corpus*” establecida en el párrafo 4 del artículo 5, del Convenio para “apoyar la idea de que la detención que se prolonga más allá del plazo inicial previsto en el párrafo 3 exige que intervenga un ‘tribunal’ como garantía contra la arbitrariedad”<sup>653</sup>. En el párrafo 4 del artículo 14 de su propuesta de directiva sobre el retorno, de 1 de septiembre de 2005, la Comisión de las Comunidades Europeas estableció que “el internamiento temporal [a efectos de expulsión] podrá ser ampliado por las autoridades judiciales”, y que su duración no podrá exceder de seis meses<sup>654</sup>.

275. El artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 prohíbe la detención o el encarcelamiento arbitrarios, y establece a ese fin ciertas garantías procesales<sup>655</sup>. En base a ello, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estimó que no existía ninguna norma en el ordenamiento jurídico internacional que justificara la detención prolongada, fundándose en facultades extraordinarias, y, con menos razón aún, para mantener detenidas a personas sin formular acusaciones en su contra por presuntas violaciones a leyes de seguridad

<sup>650</sup> *Ibid.*

<sup>651</sup> En el apartado c) del párrafo 1 del artículo 5 se establece lo siguiente: “[Nadie puede ser privado de su libertad, salvo (...)] si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido”.

<sup>652</sup> En el párrafo 3 del artículo 5 se estipula que “Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1 c) del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio”.

<sup>653</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 27 de noviembre de 2003, *Shamsa contre Pologne*, párr. 59.

<sup>654</sup> Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 1 de septiembre de 2005, relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio, COM (2005) 391 final.

<sup>655</sup> Según el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969: “1) Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales; [...] 3) Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios; 4) Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella; 5) Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.”

nacional o de otra índole, sin que tengan el derecho de ejercer las garantías propias de un proceso justo e imparcial<sup>656</sup>.

276. A la luz de los análisis precedentes, se propone el siguiente proyecto de artículo, cuyas disposiciones se desprenden de diversos instrumentos jurídicos internacionales, de una jurisprudencia internacional bien establecida —en particular de carácter arbitral—, y de una legislación y jurisprudencia nacional abundante y concordante, todo lo cual ha recibido el apoyo de la doctrina:

**Proyecto de artículo B: Obligación de respetar los derechos humanos del extranjero durante su expulsión o en el período de detención con miras a su expulsión**

1. **La expulsión de un extranjero deberá realizarse de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos. Deberá llevarse a cabo con humanidad, sin rigores innecesarios y respetando la dignidad de la persona de que se trate.**
2.
  - a) **La detención de un extranjero con miras a su expulsión deberá realizarse en un lugar adecuado, distinto del lugar en que estén detenidas las personas condenadas a penas privativas de libertad, y respetando los derechos humanos de la persona de que se trate.**
  - b) **La detención de un extranjero expulsado o en vías de expulsión no deberá tener carácter punitivo.**
3.
  - a) **El período de detención no podrá ser indefinido. Deberá limitarse al tiempo razonablemente necesario para ejecutar la decisión de expulsión. Quedan prohibidas las detenciones de duración excesiva.**
  - b) **La prolongación del período de detención solo podrá ser decidida por un órgano judicial o por una persona que pueda ejercer funciones judiciales.**
4.
  - a) **La decisión de detención deberá examinarse periódicamente, en plazos determinados, sobre la base de criterios precisos definidos por la ley.**
  - b) **Se pondrá fin a la detención cuando la decisión de expulsión no pueda ejecutarse por motivos que no sean imputables a la persona de que se trate.**

---

<sup>656</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Diez años de actividades: 1971-1981*, Organización de los Estados Americanos, Washington, 1982, pág. 320, referencia citada por la Federación Internacional de Derechos Humanos, informe núm. 429, octubre de 2005, “L’anti-terrorisme à l’épreuve des droits de l’homme: les clés de la compatibilité”, <http://www.fidh.org/IMG/pdf/onu429f.pdf>. El informe se completó con un segundo informe presentado el mes siguiente sobre las violaciones de los derechos humanos en África subsahariana en ocasión de la lucha contra el terrorismo, informe núm. 429-A, noviembre de 2005.