

EL CONCEPTO DE "EXPULSIÓN COLECTIVA" EN LA JURISPRUDENCIA  
DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

RITA LAGES<sup>291</sup>

**RESUMEN:** el objetivo principal del presente trabajo es dar a conocer y analizar la construcción jurisprudencial del concepto de expulsión colectiva de extranjeros y el alcance de su prohibición por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En forma previa, considerando que la norma prohibitiva de la expulsión colectiva de extranjeros se encuentra contemplada en todos los tratados regionales de derechos humanos existentes y que, por ende, tiene hoy un alcance prácticamente universal, hacemos un breve recorrido por el derecho internacional al respecto, a fin de comprender la realidad histórico-social e histórico-jurídica de dicha norma.

**Palabras clave:** Expulsión colectiva de extranjeros, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

**Abstract:** the main purpose of this paper is to present and analyse the ECHR case-law about collective expulsion of aliens and the scope of its prohibition. Considering that the prohibition of collective expulsion of aliens is recognized in all Regional Human Rights Treaties, and, therefore, has today a virtually universal scope, a previous and brief overview to the International Law is justified in order to understand the historical and social reality of such juridical standard.

**Keywords:** Collective expulsion of aliens, European Court of Human Rights.

<sup>291</sup> Encargada de contenidos de extensión del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y profesora invitada del Departamento de Derecho Internacional de misma Facultad. Diploma de Estudios Avanzados (DEA) en Derecho Europeo por la Universidad Complutense de Madrid. Máster en Ciencias Jurídico-Comunitarias por la Universidad de Coimbra. Licenciada en Derecho por la Universidad de Coimbra. Correo: rtagas@derecho.uchile.cl.

## INTRODUCCIÓN

Siendo un fenómeno complejo, no hay en el Derecho conceptos simples. Es, por ende, sólo aparente la simplicidad del tenor del artículo 4º del Protocolo Nº 4 de 1963 [Protocolo 4] anexo al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 [CEDH]<sup>292</sup>, el cual dispone: “Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros”.

Considerando la *epistemología de la complejidad*, que permite al jurista conocer el derecho—objeto cultural dotado de complejidad que tiene en el *hombre-persona* su epicentro<sup>293</sup>—, por medio de un conocimiento, también, complejo y, por ende, multidimensional, y una “aventura en espiral”<sup>294</sup>, analizaremos, en el presente trabajo, cómo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDH], mediante su activismo judicial, fue, y sigue, construyendo el concepto de “expulsión colectiva” y materializando el principio jusinternacionalista de la prohibición de expulsión colectiva de extranjeros.

Para tanto, teniendo por referentes la norma y el concepto mencionado *supra*—nótese que para nosotros, metodológicamente, ni la norma es el punto de partida ni la formulación del concepto jurídico el punto de

<sup>292</sup> Protocolo Nº 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the first Protocol thereto (1963), Council of Europe, *European Treaty Series* Nº 46, modificado por el Protocolo Nº 11, *European Treaty Series* Nº 115, en vigor el 1 de noviembre de 1998). Con las excepciones de Reino Unido, Turquía (que firmaron sin ratificar), Grecia y Suiza, todos los demás Estados miembros del Consejo de Europa ratificaron el Protocolo 4, abierto a la ratificación el 16 de septiembre de 1963 y en vigor desde el 2 de mayo de 1968. Disponible en: [http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=046&CM=8&DF=&CL=ENGL] [consultado: 20 de julio de 2015].

<sup>293</sup> Al respecto, v. CASTAÑEIRA NEVES, António, “Entre o ‘legislador’, a ‘sociedade’, e o ‘juiz’, ou entre ‘sistema’, ‘função’, e ‘problema’ - os modelos atualmente alternativos da realidade jurisdiccional do direito”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXIV, 1998, pp. 1-44, p. 18.

<sup>294</sup> Sobre la epistemología de la complejidad, v. MORIN, Edgar y LE MOIGNE, Jean-Louis, *L'intelligence de la complexité*, L'Harmattan/Numilog, París, 1999, en especial, el cap. 2 (p. 52 y ss.).

llegada—tomaremos los casos jurídicos concretos (verdadero *prêtus* metodológico de la interpretación, aplicación y comprensión del derecho<sup>295</sup>), y la problematización que convocan, sometidos al TEDH<sup>296</sup>, para, en seguida, excogitar sobre el modo en que dicho Tribunal viene interpretando la citada norma prohibitiva, entendida como criterio normativo para la solución judicial de los casos que se propone decidir. Sin perjuicio de lo anterior, o por lo mismo, haremos una previa y breve incursión en el derecho internacional, permitiéndonos, así, mejor conocer no sólo la significación de su texto, sino, sobre todo, su sentido específica e intencionalmente normativo-jurídico.

<sup>295</sup> Sobre este punto v. CASTAÑEIRA NEVES, António (cuyo pensamiento seguimos de cerca), “Metodología jurídica: Problemas fundaméntais” (Stivda Ivrídica I), *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra Editora, 1999, en especial p. 142 y *passim*.

<sup>296</sup> Salvo referencia en contrario, todas las sentencias del TEDH mencionadas a lo largo del presente trabajo han sido consultadas en la base de datos de dicho Tribunal (HUDOC) y corresponden a decisiones de la Gran Sala. En todo caso, no son abundantes los asuntos en los que se planteó ante el TEDH la vulneración del art. 4º del Protocolo 4. Antes de la primera reforma del TEDH (1989), la Comisión de Derechos Humanos se pronunció en cinco oportunidades [los asuntos X, e Y, c. Suecia, de 4 de octubre de 1968 (Nº 3803/68 y 3804/68); K. G. c. RF4, de 1 de marzo de 1977 (Nº 7704/76); O. y otros c. Luxemburgo, de 3 de marzo de 1978 (Nº 7757/77); *Hemting Becker* c. Dinamarca, decisión de 10 de octubre de 1975 (Nº 7011/75); *Alibaks* e otros c. Holanda, de 16 de diciembre de 1988 (Nº 14209/88)]. A su vez, el nuevo TEDH lo hizo en los asuntos *Andric* c. Suecia, sentencia de 23 de febrero de 1999 (Nº 45917/99); *Conka* c. Bélgica, sentencia de 5 de febrero de 2002 (Nº 51564/99); *Davidov* c. Estonia, sentencia de 31 de mayo de 2005 (Nº 16387/03); *Borisha* y *Hajlihi* c. ex República Yugoslava de Macedonia, sentencia de 16 de junio de 2005 (Nº 18670/03); *Sulami* c. Francia, sentencia de 20 de septiembre de 2007 (Nº 45223/05); *Chaljami* c. Francia, sentencia de 7 de abril de 2009 (Nº 45302/05); *Dritsas* c. Italia, sentencia de 1 de febrero de 2011 (Nº 2344/02); *Hirsi Jamaa* y Otros c. Italia, sentencia de 23 de febrero de 2012 (Nº 27765/09); *M.A. c. Chipre*, sentencia de 23 julio de 2013 (Nº 48721/10); *Georgia* c. Rusia, sentencia de 3 de julio de 2014 (Nº 13255/07); *Sharifi* y Otros c. Italia y Grecia, sentencia de 21 de octubre de 2014 (Nº 16643/09), y *Kiladja* y Otros c. Italia (Nº 16483/12), sentencia de 1 de septiembre de 2015. En los asuntos *Xhavara* y Otros c. Italia y Albania, de 11 de enero de 2001 (Nº 39473/98); *Sulejmanovic* y Otros y *Sejdovic* y *Suljimanovic* c. Italia, de 8 de noviembre de 2002 (Nº 57574/00 y 57575/00); *Hassun* y Otros c. Italia, de 19 de enero de 2010 (Nº 10171/05, 10601/05, 11593/05 y 17165/05), los demandantes invocan haber sido sujetos de expulsiones colectivas, pero el TEDH, por distintas razones, la mayoría de carácter procesal, no llega a pronunciarse sobre ello.

*1. La prohibición de la expulsión colectiva  
de extranjeros en el derecho internacional*

La expulsión colectiva de extranjeros, no siendo un fenómeno reciente<sup>297</sup>, cobra especial importancia a partir de la segunda posguerra del siglo XX, cuando, además del desarrollo doctrinal y consuetudinario que se viene consolidando, se establece, en distintos textos jurídicos internacionales, su prohibición convencional.

A fines del siglo XIX, la postura sobre la legalidad de la expulsión colectiva de extranjeros, y eventual responsabilidad internacional de los Estados que la practicarán, variaba en función del contexto: en tiempos de paz, su rechazo era consensual, máxime, si en su causa estaban situaciones de "flagrante inhumanidad"<sup>298</sup>, en tiempos de guerra, o a consecuencia de

<sup>297</sup> La historia europea es prolífica en ejemplos: desde las expulsiones de minorías naziónticas por motivos religiosos en tiempos de paz (HENCKAERTS, Jean-Marie, "The current status and content of the mass expulsion of aliens", *Human Rights Law Journal*, N.º 8-10, 1994, pp. 301-317, pp. 301-302; ZAVAS, Alfred M. de, "International Law and Mass Population Transfers", *Harvard International Law Journal*, vol. 16, N.º 2, 1974, pp. 207-258, pp. 242-243), pasando por el traslado de poblaciones, algunas de ellas extranjeras, mediante la celebración de tratados internacionales ("acuerdos de opción" o "tratados sobre intercambio de poblaciones") y HAYANO, R. *The human rights dimensions of population transfer, including the implementation of settlers* (preliminary report), UN-ESCC, Commission on Human Rights/Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, E/CN.4/Sub.2/1993/17, de 6 de julio de 1993, aps. 11-6-127 y 128-137; ROUSSEAU, Charles, *Droit international public, au netoyage ethnique*, *Miskolc Journal of International Law*, vol. 1, N.º 2, 2004, pp. 198-237. Los tratados de traslado de poblaciones contenían cláusulas de opción a los interesados de permanecer en los territorios donde residían si así lo preferiesen —aunque, en la práctica, medida adoptada, cualquiera sea el objetivo del traslado—, por cuanto "las condiciones de los tratados creaban fuertes presiones morales, psicológicas y económicas para que se realizara el traslado" [traducción nuestra], AL-KHAWARIZMI Y HAYANO, *The human rights...* ob. cit., aps. 43 y 44., correspondían a una práctica europea conocida, por lo menos, desde el siglo XVII. Las expulsiones de las poblaciones vencidas tras la *debellatio* (AL-KHAWARIZMI Y HAYANO, *The human rights...* ob. cit., aps. 138-141).

<sup>298</sup> La expresión la tomamos de ROUSSEAU, Charles, *Droit international public*, tome III (*Les compétences*), Sirey, París, 1977, p. 21.

ella<sup>299</sup>, su práctica era admisible por el derecho internacional [DI]<sup>300</sup>. No obstante, a principios del siglo XX se reconocía ya la existencia de una regla consuetudinaria en el derecho continental europeo que restringía el ejercicio de las expulsiones colectivas por parte de los Estados beligerantes cuando acompañado de la garantía de concesión a los expulsados de un plazo razonable y suficiente para su salida del país<sup>301</sup>.

La aparición y desarrollo normativo del Derecho Internacional Humanitario [DIH]<sup>302</sup> sí bien no significó la positivización de una regla prohibi-

<sup>299</sup> A finales del siglo XIX y principios del siglo XX, era frecuente que tras una guerra se siguiesen expulsiones en masa o que los tratados de paz entrasen modificaciones de las fronteras y, en consecuencia de ello, traslados de poblaciones.

<sup>300</sup> Dos ejemplos: (1) la sentencia arbitral *Francia c. México*, de 1 de agosto de 1844, dictada por la Reina Victoria de Inglaterra, sobre la responsabilidad de los Estados por actos de guerra y cuyos hechos se remontan a la "Guerra de los Pasteles", entre el 16 de abril de 1838 (inicio del bloqueo francés a los puertos mexicanos de San Juan de Ulúa y Veracruz como respuesta por el no cumplimiento por parte de México al ultimatum formulado por Francia, a través del barón Deffauds) y el 9 de marzo de 1939 (firma del tratado de paz y convenio complementaria poniendo fin al bloqueo y al conflicto). El 1 de diciembre de 1938, el Presidente Bustamante aprueba un decreto presidencial ordenando la expulsión en masa de los franceses residentes en el país en el plazo de dos semanas. Terminado el conflicto, las partes beligerantes decidieron someter a la apreciación arbitral de Reino Unido la cuestión del resarcimiento por los daños sufridos durante el conflicto. La Reina Victoria falló que el decreto de expulsión de los ciudadanos franceses de México, así como otros actos practicados por ambos países, se encontrarían justificados por el contexto de guerra, no habiendo, por ende, lugar a responsabilidad internacional de ninguno de ellos. Para un análisis detallado del conflicto y de todo el proceso de paz, incluyendo el texto del tratado de paz y convención complementaria, v. LAPADILLA, Albert y POLITS, Nicolas, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. I (1798-1853), A. Pedone Editeur, París, 1905, pp. 545-579; (2) la Resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre la admisión y expulsión de extranjeros que admitía las expulsiones en masa, como forma de expulsión extraordinaria temporal o permanente (artículos 23 y 24). Cf., JUSTITIA ET PACE-INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers* (Relatores: Fernand-Giraud y Ludwig von Bar), Gênevê, 9 septembre 1892. Nótese que la categoría de las expulsiones en masa estaba ya recogida en el proyecto de "Declaración sobre el derecho de expulsión de extranjeros", donde se admitía su ejercicio temporal en casos de urgencia, como la guerra o situaciones de gravedad (artículos 2º y 3º). Cf., JUSTITIA ET PACE-INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, *Projet de Déclaration internationale relative au droit d'expulsion des étrangers* (Relator: Gustave Rolin-Jaequemyns), Lausanne, 8 septembre 1888.

<sup>301</sup> LAPADILLA Y POLITS, *Recueil...* ob. cit., p. 564.

<sup>302</sup> El DIH está constituido por el "derecho de La Haya" (*droit de la Haye*), el "derecho de Ginebra" (*droit de Genève*) y el "derecho de Nueva York" (*droit de New York*). El primero, al que también se denomina *ius in bello*, partiendo del principio fundamental de que la conducta

tiva de la expulsión colectiva en contexto de guerra, si ilustra un cambio respecto al estándar internacional precedente. Primero, las deportaciones<sup>305</sup> de población civil extranjera pasan a estar prohibidas, aunque, eso sí, las deportaciones<sup>306</sup>, y su vulneración da lugar a la responsabilidad penal del

de las partes beligerantes (combatientes) durante las hostilidades no es ilimitada, establece normas de conducta, limitando el uso de ciertos métodos (*cómo se combate*) y medios de ataque (*con qué se combate*). Dichas normas están recogidas en la Declaración de San Petersburgo de 1868, en las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 y, también, en algunas de las reglas del Protocolo I adicional a las cuatro Convenciones de Ginebra (1949) y otros instrumentos posteriores (v.g., la Convención sobre la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción (1972); la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados y sus Protocolos (1980), así como su enmienda de 2001; la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y empleo de armas químicas y sobre su destrucción (1993). El segundo corresponde al *corpus iuris* sobre la protección de las víctimas en tiempo de guerra, incluyendo su asistencia humanitaria, formado por las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977. El tercero, y último, se forma bajo los auspicios de las Naciones Unidas, y está compuesto de normas de derechos humanos aplicables en contexto de conflicto armado, bien como aquellas que limitan ciertos métodos y medios de combate (v.g., la resolución N° 2444 (XXIII) de la Asamblea General de 19 de diciembre de 1968 sobre respeto de los derechos humanos en los conflictos armados). Para más detalle, v. BUTSON, François, "Droit de Genève et Droit de la Haye", *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol. 83, N° 844, 2001, pp. 901-921; SALMON, Elizabeth, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, CICR-Fondo Editorial PUCP, Lima, 2004, p. 64 y *passim*.

<sup>305</sup> Si bien, en la sustancia, la diferencia entre los términos "deportación" y "expulsión" no es sustantiva, ya que tiende a referirse a los mismos tipos de hechos, el primero tiene una connotación histórica y es utilizado en el DIH. En ese sentido, VARESE EGGLI, Ann, *Mass Refugee Influx and the Limits of Public International Law*, Martinus Nijhoff, The Hague, 2002, p. 135. Por el contrario, para el Tribunal Penal Internacional, la "expulsión" parece ser, más bien, un instrumento jurídico mediante el cual un Estado puede proceder a la "deportación o traslado forzoso de población", entendidos como "el desplazamiento de las personas a lectadas, por expulsión u otros actos coercitivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional" [artículo 7.2.d)]. Para el DI, la distinción entre ambos conceptos es sutil, pero existe: así, la "deportación (...) significa la potestad del Estado de enviar a un extranjero bajo coacción a cualquier país que elija el Estado que deporta, mientras que la expulsión significa que el extranjero es obligado a salir del territorio del Estado que expulsa, con destino al país que fige dicho Estado de común acuerdo con el expulsado, y en todo caso con destino al Estado del que sea natural el expulsado", cf., *Second report of the Special Rapporteur Mr. Maurice Kamto for the "Expulsion of aliens"*, 58<sup>th</sup> session II.C (2006), Doc. A/CN.4/573, párrs. 155-158.

<sup>306</sup> Cf., artículo 49 de la IV Convención de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra de 12 de agosto de 1949. Nótese que la prohibición expresa

individuo bajo el DI<sup>305</sup>. Segundo, a pesar de que la IV Convención de Ginebra —la misma que prohíbe las deportaciones en situaciones de ocupa-

en este artículo corresponde, en gran medida, a una codificación de una regla que *de facto* ya existía en las leyes y costumbres de la guerra, aunque todavía no generalizada, pues estaba prevista, v.g., por el *Código de Lieber*, en su artículo 23 ("Private citizens are no longer *murdere* *enlowed, or carried off to distant parts...*"). Firmado por el Presidente Lincoln el 24 de abril de 1863, esta recopilación de instrucciones de conducta para los soldados del ejército del norte durante la Guerra Civil estadounidense representó un primer intento de codificación de las reglas y costumbres de la guerra terrestre vigentes a la época e inspiró la redacción de las Convenciones de La Haya, cuyas normas son hoy parte del derecho consuetudinario internacional. V. AL-KHARSMAN Y HANANO, *The human...* ob. cit., pp. 153. El texto del *Código de Lieber* está disponible en: [http://avalon.law.yale.edu/19th\_century/lieber.asp] [consultar: 5 de agosto de 2015]. Razón por la cual Pictet afirma, en su comentario al artículo 49, que si las Convenciones de La Haya no hacían ninguna mención a las deportaciones masivas se debía a que, a principios del siglo XX, semejantes prácticas estaban ya en desuso en las naciones civilizadas. V. PICTET, Jean (ed.), *Commentary on the 1949 Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, ICRC, Ginebra, 1958, p. 279. No obstante lo anterior, cierta doctrina considera que el cumplimiento de los artículos 42, 46 y 50 de la Convención de La Haya de 1907, pensados para limitar el ejercicio de la autoridad militar de uno de los beligerantes sobre el territorio ocupado, es incompatible con la práctica de las deportaciones en masa, que, por esta vía, ofrecerían una protección implícita contra esta última. V. ZAVAS, "International...", ob. cit., pp. 211-212. Además, la deportación ilegal es considerada una infracción grave contra el IV Convenio, pudiendo dar lugar a una responsabilidad penal (artículo 147).

Por último, refiérase que la prohibición de las deportaciones en masa de población civil en los territorios ocupados admite una excepción: cuando se trate de una evacuación, y, por ende, provisional, mientras duren las hostilidades, justificada por imperiosas razones militares o para protección de la población y sólo en *ultima ratio* puede significar el traslado a una zona fuera del territorio ocupado (párr. 2 del artículo 49).

<sup>308</sup> Acontecimientos históricos posteriores, tristemente conocidos, justificaron la necesidad de no sólo reforzar la prohibición de las deportaciones en masa, sino que, sobre todo, de criminalizarlas internacionalmente. En ese sentido, tanto el *Estatuto del Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje Europeo* (Carta de Londres de 8 de agosto de 1945) consideraba como un crimen de guerra "la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio" y como crimen contra la Humanidad la "deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma" (artículo 6°, b) y c), respectivamente), como la *Carta del Tribunal Militar Internacional para el juicio de los principales criminales de guerra en el Lejano Oriente* (Declaración de Postdam de 19 de enero de 1946), en su artículo 5°, c), tipifica como crimen de lesa humanidad la "deportación y otros actos inhumanos cometidos contra toda población civil, antes de la guerra, o durante la misma", por los que han sido condenados algunos de los acusados en los juicios de Nuremberg y de Tokio. Al respecto, ZAVAS, Alfred M. de, "International..."; ob. cit., pp. 214-219. Los "principios de Nuremberg", donde se incluyen las disposiciones mencionadas *supra*, fueron reconocidos como principios de DI por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, cf., principios VI(b) y (c) de los *Principles of International Law recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment*

ción—no equipare la expulsión a una forma de transferencia o de traslado de población<sup>306</sup> extranjera en el territorio de zonas de conflicto (artículo 45)<sup>307</sup>, la práctica internacional y nacional, a fines de la primera mitad del siglo XX, daba cuenta, por un lado, de la necesidad de cumplir con determinadas garantías mínimas de protección de los expulsados para que una expulsión, individual o colectiva, fuera jurídicamente legítima<sup>308</sup>, y, por otro, de la inadmisibilidad, en el inicio de un conflicto, de las expulsiones colectivas de extranjeros del territorio de un Estado beligerante<sup>309</sup>.

La divergencia doctrinal<sup>310</sup> en torno a la (i)legalidad de los traslados forzados de población tras la *debellatio* alemana—v.g., las expulsiones en masa de alemanes étnicos (*Volksdeutsche*) y de alemanes residentes en el exterior (*Reichsdeutsche*) de territorios de Europa Central y Oriental ocupados por los nazis durante el III Reich o que habían sido provincias

*of the Tribunal, adopted by the International Law Commission, UN Doc. A/1316, New York, 5 June–29 July 1950.*

En el Estatuto del Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma de 17 de junio de 1998), la deportación sigue siendo considerada crimen de lesa humanidad [artículo 7º, d)] y de guerra [artículo 8º, Nº 2, a), viii) y 8, Nº 2, b) viii)], eliminándose de los elementos del tipo la referencia expresa al trabajo forzado como uno de los motivos para la deportación.

<sup>306</sup> Existen varias diferencias entre la “expulsión” y el “traslado de población”: aquella consiste en un acto administrativo nacional, mientras éste puede tener origen en un acto jurídico internacional, como sea un tratado bilateral o multilateral entre Estados. La primera tiene por destinatarios los extranjeros residentes (en situación regular o irregular) del Estado expulsor, en tanto el segundo puede aplicarse o restringirse a los nacionales; la primera está permitida por el DI, siempre que se base en un acto jurídico previo (orden de expulsión), previsto en ley nacional, fundamentado según los motivos en ella previstos, proporcional y admita un debido proceso; el segundo, no.

<sup>307</sup> El artículo 45 prohíbe las transferencias de extranjeros hacia un Estado que no sea parte de la Convención, pero sí las permite cuando el Estado receptor es signatario de la misma, cuando se cumplan ciertas garantías (párrs. 3 y 4).

<sup>308</sup> Aun cuando admitida la repatriación (artículo 35), los trasladados (artículo 45) o las deportaciones de extranjeros (artículo 49, párr. 2), estos actos sólo pueden realizarse bajo determinadas garantías (artículos 35, párrs. 1, *in fine*, 2 y 3; 45, párrs. 3 y 4; 49, párrs. 3-5, respectivamente).

<sup>309</sup> En ese sentido, PICTET, *Commentary*..., ob. cit., p. 266.

<sup>310</sup> Dando cuenta de esa divergencia, ZAVAS, “International...”, ob. cit., p. 226, quien defiende la ilegalidad de la expulsión colectiva tras un conflicto (pp. 228 y 242), y AL-KHASSAWNEH y HANANO, *The human rights*..., ob. cit., ap. 149.

alemanas anexas por algunas de las potencias aliadas tras la guerra, respectivamente<sup>311</sup>—o el uso de las expulsiones de minorías nacionales como solución política para resolver una crisis interna—v.g., el conflicto entre Honduras y El Salvador de 1969 tuvo, entre sus orígenes, las expulsiones de campesinos salvadoreños del territorio de Honduras, por aplicación de una ley de reforma agraria que los excluía, por no tener la nacionalidad hondureña por nacimiento, de acceder a programas de distribución de tierras que ellos ocupaban *de facto* hace años<sup>312</sup>—ponían al descubierto (i) la juventud de un DI contemporáneo, aún muy marcado por las circunstancias históricas precedentes, incapaz de producir, a la época, una disposición jurídica convencional general y/o regional que prohibiera su práctica en tiempo de paz<sup>313</sup>, y (ii) la especial sensibilidad política que la inmigración, de la cual la expulsión de extranjeros es un instrumento de control fundamental, asume en el plan interno y que, a su vez, explica la dificultad—dada la resistencia de los Estados a restringir el ejercicio de su soberanía al respecto—en generar un consenso, en el plano internacional, sobre un mínimo denominador común sobre la expulsión<sup>314</sup>.

<sup>311</sup> ZAVAS, “International...”, ob. cit., pp. 227-242; HENCKAERTS, Jean-Marie, *Mass Expulsion in Modern International Law and Practice*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1995, pp. 8 y 9; PRÄUSSER, Steffen y REES, Arfon (eds.), “The expulsion of the ‘German’ Communities from Eastern Europe at the End of the Second World War”, *EUJ Working Paper Nº 2004/1*, Florence, 2004, 94 p.

<sup>312</sup> PÉREZ PINEDA, Carlos, *El conflicto Honduras-El Salvador, julio de 1969*, Serie José María Cañas Nº 1, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto-Instituto Diplomático Manuel María de Perilla, Imprenta Nacional, San José de Costa Rica, 2014.

<sup>313</sup> HENCKAERTS, *Mass Expulsion*..., op. cit., p. 9.

<sup>314</sup> A pesar de ello, desde hace tiempo que el DI reconoce al extranjero el derecho a beneficiarse de un trato mínimo por parte del Estado de acogida o de residencia. Este estándar mínimo de protección internacional o norma internacional mínima tiene por premisa la existencia para el DI general de ciertos derechos fundamentales que deben ser reconocidos también a los extranjeros, cuyo contenido específico individual se desarrolla a partir de ese estándar mínimo internacional, hasta lograr la máxima densidad material o de contenido requerida, en cada caso, por el parámetro nacional. Si bien es cierto que no hay una unanimidad con relación al contenido exacto del estándar mínimo, existe, sin embargo, un consenso internacional que lo sitúa en torno a los derechos que se consagran como inderogables por el artículo 4, Nº 2, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (v.g., el derecho a la vida, prohibición de tortura, penas o tratos crueles inhumanos o degradantes, derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica). Al respecto, v. “Expulsion of aliens”, *Memorandum prepared by the Secretariat*, 58th session ILC (2006), UN Doc. A/CN.4/565, párrs. 185-193, 194-197 y 198-200.

Los dos acontecimientos mencionados impulsaron, en la década de los sesenta y a partir de los sistemas de protección regional de derechos humanos, la creación de las primeras normas internacionales prohibiendo *expressis verbis* la expulsión colectiva, a saber: los artículos 4º del Protocolo 4 del CEDH (1963) y 22, Nº 9, de la Convención Americana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969 o Pacto de San José<sup>315</sup>. También en África, las expulsiones colectivas han sido un tema de preocupación, en donde se venía reportando el recurso a la expulsión de extranjeros en gran escala como un instrumento de política migratoria, abriendo paso a la inclusión de su prohibición en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 27 de julio de 1981 o Carta de Banjul (artículo 12, Nº 5)<sup>316</sup>. Aun en el contexto regional, podemos encontrar el reconocimiento de la prohibición de la expulsión colectiva en otros dos tratados: el Convenio sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales del *Commonwealth* de Estados Independientes [CIS, por su sigla en inglés] de 26 de mayo de 1995 (artículo 25, Nº 4)<sup>317</sup> y la Carta Árabe de Derechos Humanos de 22 de mayo de 2004 (artículo 26, párr. 2, *in fine*)<sup>318</sup>.

Estas normas presentaban diferencias en su redacción. El CEDH, el Pacto de San José, la Carta Árabe y el CIS adoptaron el adjetivo “colectiva”, mientras que la Carta de Banjul prefirió el de “masiva”, manteniendo la

<sup>315</sup> La incorporación de la prohibición de las expulsiones colectivas en el Pacto de San José (originariamente, correspondía al artículo 20, Nº 8, del proyecto) se debió a una propuesta de El Salvador. Ver Gros Espiell, Héctor, “El derecho internacional de los refugiados y el artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Liber amicorum: colección de estudios jurídicos en homenaje al Prof. Dr. D. José Pérez Montero*, Universidad de Oviedo, Oviedo, vol. 2, pp. 659-684, pp. 666 y 671.

<sup>316</sup> Al respecto, Nmenigelle, Vincent, Obistennwwo Ohiu, *The African Human Rights System, Its Laws, Practice, and Institutions*, Martinus Nijhoff, The Hague, 2001, p. 117; Heras, Jeffrey, *States and Power in Africa. Comparative Lessons in Authority and Control*, Princeton University Press, New Jersey, 2014, p. 229. V. asimismo, Coles, Garvase J. L., “The problem of mass expulsion”, *A Background Paper prepared for the Working Group of Experts on the Problem of Mass Expulsions held at San Remo, Italy (16-18 April 1993)*, International Institute of Humanitarian Law, 70 P., en especial, pp. 18-26, y Bekker, Gina, “Mass expulsion of foreign nationals: A ‘special violation of human rights’”, *Communication 292/2004 Institute for Human Rights and Development in Africa v Republic of Angola*, *African Human Rights Law Journal*, vol. 9, Nº 1, 2009, pp. 262-273.

<sup>317</sup> “Collective expulsion of aliens shall be prohibited”.

<sup>318</sup> “Collective expulsion is prohibited under all circumstances”.

denominación acuñada por el Instituto de Derecho Internacional<sup>319</sup>. Mientras el primero presenta un carácter cualitativo, el segundo es cuantitativo. En otras palabras, la expulsión, para que pueda considerarse colectiva, no exige su ejercicio a gran escala, a pesar de que para el TEDH, como veremos *infra*, el elemento cuantitativo, en ciertas circunstancias, es un indicio de la existencia de una expulsión colectiva. Lo relevante, como elemento definitorio, es que los extranjeros hayan sido expulsados como *grupo*, sin la existencia previa de un procedimiento legal *individual* de expulsión en base a un examen razonable y objetivo de cada extranjero y del que resulta una decisión individual, jurídicamente fundamentada, de expulsión. Así, puede configurarse una situación de expulsión colectiva la expulsión de un número muy reducido de personas (basta que sean dos). A su vez, en la expulsión en masa, el elemento cuantitativo sí es esencial en su definición, por lo que no es improbable admitir su ocurrencia aun cuando preexista la evaluación individual de la situación de cada extranjero expulsado o en vías de expulsión y las personas no posean entre ellas una característica común que las defina en su conjunto como *grupo*<sup>320</sup>.

En segundo lugar, la Carta de Banjul, al contrario de sus congéneres, enfatiza la pertenencia a un grupo nacional, étnico o religioso como un elemento constitutivo de la definición africana de “expulsión colectiva”<sup>321</sup>. Lo que *prima facie* podría indicar una definición más acotada<sup>322</sup>. No obstante, la Comisión Africana de Derechos Humanos [CADH], cuando fue llamada a interpretar—como órgano parajudicial—el artículo 12, Nº 5<sup>323</sup>, recurriendo

<sup>319</sup> V. último párrafo de la nota 9 *supra*.

<sup>320</sup> Esta distinción entre ambos conceptos es aceptada por la CDI (v. *Memorandum*,... ob. cit., párr. 985, acogiendo, así, cierta corriente doctrinal preexistente (v. Coles, “The problem...”, ob. cit., pp. 5-6).

<sup>321</sup> El artículo 12, Nº 5, expresa: “La expulsión masiva de extranjeros estará prohibida. Expulsión masiva será aquella dirigida a un grupo nacional, racial, étnico o religioso”.

<sup>322</sup> Ése parece ser el entendimiento del Relator especial Maurice Kamto, cf., *Third report of the Special Rapporteur Mr. Maurice Kamto for the “Expulsion of aliens”*, 59<sup>th</sup> session ILC (2007), Doc. A/CN.4/581), párr. 108.

<sup>323</sup> Son cinco, el número de comunicaciones sobre las que, hasta la fecha, la CADH tuvo la oportunidad de pronunciarse relativas a la expulsión colectiva, a saber: Communications 27/89, 46/91, 49/91, 99/93, *Organisation Mondiale Contre la Torture and Others v Rwanda* (2000) AHRLR 282 (ACHPR 1996); Communication 71/97, *Rencontre Africaine pour la Défense des Droits de l’Homme v Zambia* (2000) AHRLR 321 (ACHPR 1996); Communication 159/96, *Union Interfricaine des Droits de l’Homme and Others v Angola* (2000) AHRLR 18 (ACHPR

a una lectura teleológica, para concluir que la expulsión en masa constituye "a special threat to human rights"<sup>324</sup>, y sistemática, poniendo en contexto el citado artículo en la Carta de Banjul en donde se integra esta disposición y, así, relacionarlo con el artículo 2º de la misma Carta<sup>325</sup>, que consagra el principio de la no discriminación<sup>326</sup>, para inferir que "mass expulsions of any category of persons, whether on the basis of nationality, religion, ethnic, racial or other considerations constitute a special violation of human rights"<sup>327</sup> (cursiva nuestra) y extraer, como consecuencia, que el ejercicio del derecho soberano de expulsar a los extranjeros que se encuentran en su territorio en situación irregular<sup>328</sup> o las circunstancias económicas en las que se encuentra un Estado<sup>329</sup> no constituyen *per se* motivos jurídicamente legítimos para impedir el goce de los derechos y libertades fundamentales consagradas en la Carta de Banjul<sup>330</sup>, ni tampoco la simultaneidad de expulsiones de personas extranjeras de distintas nacionalidades es suficiente para eliminar el elemento discriminatorio o las distintas fechas de las órdenes de expulsión para negar el elemento cuantitativo de la expulsión colectiva<sup>331</sup>.

De hecho, el sentido jurídico que la norma del artículo 12, Nº 5 –y otras normas regionales similares–, convoca no es sino otro que el de garantizar

<sup>324</sup> 1997). Communication No. 249/2002, *African Institute for Human Rights and Development (on behalf of Sierra Leonean refugees in Guinea) v. Guinea* (2004) AHRLR 57 (ACHPR 2004) y Communication 292/2004, *Institute for Human Rights and Development in Africa v. Angola* (2008) AHRLR 43 (ACHPR 2008).

<sup>325</sup> *Rencontre Africain pour la Défense des Droits de l'Homme v. Zambia* (2000), párr. 20; *Union Inter-africaine des Droits de l'Homme and Others v. Angola* (2000), párr. 15; *Institute for Human Rights and Development in Africa v. Republic of Angola* (2008), párr. 68.

<sup>326</sup> *Rencontre Africain pour la Défense des Droits de l'Homme v. Zambia* (2000), párrs. 21-22; *Union Inter-africaine des Droits de l'Homme and Others v. Angola* (2000), párr. 18.

<sup>327</sup> Principio cardinal del sistema internacional de derechos humanos, con rango de norma jurídica (c.f., *Dissenting Opinion of Judge Kotaro Tanaka, South West Africa cases* (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa [second phase]), *ICJ Reports* 1966, pp. 250-324, p. 300).

<sup>328</sup> *Union Inter-africaine des Droits de l'Homme and Others v. Angola* (2000), párr. 16.

<sup>329</sup> *Rencontre Africain pour la Défense des Droits de l'Homme v. Zambia* (2000), párrs. 27 y 31; *Union Inter-africaine des Droits de l'Homme and Others v. Angola* (2000), párr. 20.

<sup>330</sup> *Ibid.*

<sup>331</sup> Estos mismos argumentos, como veremos *infra*, han sido utilizados por el TEDH, párr. 69. *Institute for Human Rights and Development in Africa v. Republic of Angola* (2008),

que toda expulsión de extranjeros tenga por base una decisión formal y materialmente adecuada (*i.e.*, el acto jurídico-administrativo de expulsión debe enmarcarse en un procedimiento que observe las garantías de un debido proceso y que los motivos que lo fundamenten, tras el efectivo examen individual de la situación del extranjero, sean legal y jurídicamente legítimos) y normativamente justa (*i.e.*, la decisión de expulsión no debe ser contraria a las exigencias de justicia, cuando, *v.g.*, se base en un criterio discriminatorio prohibido por el derecho o signifique un peligro para la vida o libertad del expulsado)<sup>332</sup>. Consiguemos, como dato complementario, que la prohibición de la expulsión colectiva, en la medida en que presupone la realización de un examen objetivo y razonable de la situación individual del extranjero, dota de eficacia el propio principio de *non-refoulement*<sup>333</sup>, que, a su vez, es un complemento lógico del derecho de asilo y una obligación derivada de la prohibición de la tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 3º de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984)<sup>334,335</sup>.

<sup>332</sup> STEDH, *Hirsi-Jamaa y Otros c. Italia*,... párr. 177; Corte IDH, caso *Nadège Dorzema y otros vs. República Dominicana*, de 24 de octubre de 2012, párr. 175.

<sup>333</sup> Corte IDH, caso *Familia Pacheco Trineo vs. Bolivia*, de 25 de noviembre de 2013, párrs. 133-136. Por ende, tal como lo expresa A. Cançado Trindade, "el principio del *non-refoulement*, piedra angular de la protección de los refugiados (como principio del derecho consuetudinario e inclusivo del *ius cogens*), puede invocarse inclusive en contextos distintos, como el de la expulsión colectiva de migrantes ilegales o de otros grupos" (c.f., n. 5 del voto concurrente del juez A. Cançado Trindade, Corte IDH, *Caso Haitianos y Dominicanos de Haitiano en la República Dominicana*, resolución de 18 de agosto de 2000).

El primer texto internacional que recogió este principio, como obligación jurídica, fue la Convención sobre "La condición de los refugiados natos, amonios y asimilables" de 28 de octubre de 1933, v. Gorazdar Koricic, Cristina J., *Derecho de asilo y "no rechazo"* del refugiado, 1997, Universidad Pontificia Comillas, Dykinson, Madrid, pp. 99-100.

<sup>334</sup> United Nations, *Treaty Series*, vol. 1465, p. 145, para la versión castellana, (Doc. A/RES/39/46): "Ningún Estado parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura" (cursiva nuestra). La Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura de 1986 reafirmó este principio en su artículo 13 en términos aún más amplios que la Convención de la ONU: "No se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometida a tortura, tratos inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requerente" (cursiva nuestra).

<sup>335</sup> Para el TEDH, desde el asunto *Sering*, la decisión de expulsar o extraditar una persona no puede ser causa de violación de la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o

La existencia de normas convencionales regionales sobre expulsiones colectivas y su prohibición<sup>336</sup> no se tradujo en la formación *ipso facto* de una regla universal, ya sea de naturaleza convencional o consuetudinaria. Sin embargo, es innegable la influencia que dichas convenciones, a la par de su interpretación doctrinal y jurisprudencial, han tenido en posteriores tratados internacionales de carácter universal—*in casu*, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 18 de diciembre de 1990 (artículo 22,

degradantes (artículo 3º CEDH)—derecho de carácter absoluto, *i.e.*, irrevocable y no admite excepciones—y ni la ausencia en el CEDH de una norma similar a la del artículo 3º de la Convención de Naciones Unidas contra la tortura, que recoge expresamente el principio del *non refoulement*, significa que semejante obligación no sea inherente a la prohibición del artículo 3º CEDH, pues una interpretación diferente sería contraria al espíritu del CEDH y a la *ratio juris* de su artículo 3º, concluyendo que “la decisión de un Estado contratante de extraditar un fugitivo puede plantear una cuestión en el ámbito del artículo 3º y, en consecuencia, suscitar el problema de la responsabilidad de dicho Estado cuando se verifique, ante las circunstancias concretas del caso, el riesgo fundamentado (*real risk*) de que la persona, si extraditada, sea sometida a tortura o a tratos inhumanos o degradantes”. En otras palabras, el artículo 3º CEDH conlleva una obligación implícita de *non-refoulement* (asunto *Sovering c. Reino Unido* (Nº 14038/88), STEDH de 7 de julio de 1989, párrs. 85 y 88-89). *Cf.*, *mutatis mutandis*, los asuntos *Cruc-Varas y Otros c. Suecia* (Nº 15576/89), STEDH de 20 de marzo de 1991, para los casos de expulsión, párrs. 69-70 y *Vilvarajaly y Otros c. Reino Unido* (Nº 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87), STEDH de 30 de octubre de 1991, párr. 103, para las situaciones de asilo. Esa obligación implícita de no devolución del artículo 3º CEDH se aplica también a los casos de *refoulement* indirecto hacia un país intermediario, *i.e.*, el primer Estado que expulsa un extranjero hacia otro Estado, que también es parte del CEDH y que, a su vez, lo expulsará posteriormente al país de origen, tiene la obligación de asegurarse de que la persona a expulsar no corre, por fuerza de su decisión de expulsión, el riesgo de sufrir tortura, tratos inhumanos o degradantes (*cf.*, asuntos *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* (Nº 30696/09), STEDH de 21 de enero de 2011, párr. 342 y *I.L. c. Reino Unido* (Nº 43844/98), STEDH de 7 de marzo de 2000). Sobre estas sentencias y sus consecuencias en el “Sistema Dublín”, v. Moresades Gh, Silvia, “TEDH—Sentencia de 21.01.2011 (Gran Sala), *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, 30696/09—”, artículos 5 y 13 CEDH—prohibición de tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes—Reglamento (CE) Nº 343/2003 de determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo (*DUBLIN II*)”. “El funcionamiento efectivo de la política europea de asilo ante la garantía del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes del CEDH”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Nº 41, 2012, pp. 183-204.

<sup>336</sup> Prueba de que la prohibición de la expulsión colectiva formaba ya parte del acervo jurídico de los sistemas regionales de derechos humanos que la positivaron fue la incorporación de normas similares en los ordenamientos jurídicos de algunos de los procesos de integración regional existentes. Así, *vg.*, en la Unión Europea podemos encontrarla en el artículo 19, Nº 1, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 y, en el Mercosur, en el párrafo X de la Declaración de Santiago sobre Principios Migratorios de 2004.

Nº 1)<sup>337</sup>, a pesar de su reducido ámbito de aplicación geográfico, considerando el todavía modesto número de ratificaciones<sup>338</sup> o en la labor de desarrollo progresivo y de codificación del DI que realizó la Comisión de Derecho Internacional [CDI] en materia de expulsión de extranjeros y que culminó con la reciente aprobación en segunda lectura de un proyecto de 31 artículos<sup>339</sup>, con los estudios y comentarios correspondientes<sup>340</sup>, y la recomendación a la Asamblea General para que, a corto plazo, adopte una resolución sobre el tema, y a largo plazo, elabore una convención sobre la base del referido proyecto<sup>341</sup>.

Este proyecto dedica su artículo 9º a la expulsión colectiva, (i) prohibiéndola *expressis verbis* (Nº 2), (ii) definiéndola como “la expulsión de

<sup>337</sup> United Nations, *Treaty Series*, vol. 2220, p. 207, para la versión castellana (Doc. A/RES/45/158). Sobre el artículo 22, Nº 1—cuyo tenor es el siguiente: “Los trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente”—, dos breves notas. Primero, nos da la impresión que bien podría entenderse como expulsión colectiva aquella medida que comprenda a un trabajador migrante junto con su grupo familiar. Segundo, destacar la incorporación expresa del requisito del examen individualizado de la situación concreta de cada una de las personas expulsadas, formulado años antes por la Comisión Europea de Derechos Humanos (v. *infra*).

<sup>338</sup> Actualmente son 47 los Estados que la ratificaron. Información disponible en: [https://treaties.un.org/Pages/ShowMTDSDetails.aspx?src=UNTSOINLINE&tabid=2&mtdsq\_no=IV-13&chapter=4&lang=en] [consultar: 10 de agosto de 2015].

<sup>339</sup> *Cf.*, *ILC Report*, A/69/10, 2014, párr. 35 y ss. Antes de ello, en 2012, el proyecto, que contenía en su primera versión 32 artículos, fue aprobado en primera lectura [Doc. A/67/10, 2012, párrs. 41-43].

<sup>340</sup> La Secretaría redactó un memorándum [Doc. A/CN.4/55 y Corr.1 (2006)] y los Estados sus observaciones y comentarios [Doc. A/CN.4/604 (2009); Doc. A/CN.4/628 (2010) y Doc. A/CN.4/669 y Add.1 (2014)].

<sup>341</sup> La expulsión de extranjeros fue incluida en la agenda de trabajos de la CDI en 2004, nombrándose a Maurice Kamou como Relator Especial del tema (*ILC Report*, A/59/10, 2004, párr. 364), responsable por la redacción de nueve informes [Doc. A/CN.4/554, *ILC Report*, A/60/10, 2005, párr. 245-274 (informe preliminar); Doc. A/CN.4/573 y Corr.1, *ILC Report*, A/62/19, 2007, párrs. 188-265 (2º informe); Doc. A/CN.4/581, *ILC Report*, A/62/10, 2007, párrs. 188-265 (3er informe); Doc. A/CN.4/594, *ILC Report*, A/63/10, 2008, párrs. 173-213 (4º informe); Doc. A/CN.4/611 y Corr.1, *ILC Report*, A/64/10, 2009, párrs. 90-146 (5º informe); Docs. A/CN.4/625, A/CN.4/625/Add.1 y A/CN.4/625/Add.2, *ILC Reports*, Doc. A/65/10, 2010, párrs. 133-183 y A/66/10, párrs. 215-263 (6º informe); Doc. A/CN.4/642, *ILC Report*, A/66/10, 2011, párrs. 213-263 (7º informe); Doc. A/CN.4/651, *ILC Report*, A/67/10, 2012, párrs. 30-46 (8º informe) y Doc. A/CN.4/670, *ILC Report*, A/68/10, 2014, párrs. 35-45 (9º informe)].

extranjeros como grupo" (Nº 1), y (iii) acogiendo el criterio del examen individualizado de la situación de cada persona que compone el grupo a expulsar (Nº 3) para distinguirla de las expulsiones conjuntas o en simultáneo de un grupo de extranjeros.

Como primera nota, destacamos que el artículo 9º del proyecto codifica una regla de alcance universal, prevista en todos los tratados regionales de derechos humanos, siendo reconocida, incluso, por países que no han ratificado ningún de ellos<sup>342</sup>. A pesar de que el Relator del Proyecto sugiere que la prohibición de la expulsión colectiva sea un principio general de derecho internacional<sup>343</sup>, la doctrina mayoritaria afirma su naturaleza consuetudinaria, argumentando que semejante práctica vulneraría, en la mayoría de los casos, los principios consuetudinarios de la prohibición de la discriminación y de la arbitrariedad<sup>344</sup>. Si bien nos parece que la expulsión colectiva no es necesariamente un acto discriminatorio, sí es, la mayoría de las veces, un acto arbitrario del Estado.

En segundo lugar, la versión final del artículo 9, Nº 3, del proyecto contiene una innovación terminológica, al abandonar el término *examen razonable y objetivo*—enunciada y desarrollada por la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos (antecesora del TEDH)—a favor de la expresión “*evaluación* de la situación particular de cada uno de los miembros que integran el grupo”. Esta modificación nos merece dos reparos: primero, se trata, por comparación a la primera, de un término menos preciso, de mayor ambigüedad, que los adjetivos “razonable y objetivo” tenían por efecto acotar. Segundo, considerando lo complejo que es consolidar en el DI un concepto jurídico generalmente reconocido, no vislumbramos la ventaja en abandonar una formulación sustentada por la jurisprudencia

internacional, formalmente consagrada en un tratado internacional (léase, la ya mencionada Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares)<sup>345</sup> y sobre la cual había un relativo consenso<sup>346</sup>.

Estas normas convencionales regionales, en nuestra opinión, aportan una nueva intelección sobre la expulsión colectiva, sin, a pesar de ello, romper con la precomprensión jurídica vigente de la expulsión como un derecho del Estado, limitado en cuanto al procedimiento (la orden de expulsión debe ser precedida de un procedimiento legal, en el que se concede al extranjero garantías de debido proceso: derecho a ser oído, a solicitar un representante legal, presentación de recurso, etc.)<sup>347</sup> y al fondo (la expulsión debe basarse siempre en un motivo legítimo, previamente establecido por ley; en general, suelen ser razones de orden y seguridad públicos).

Resumiendo, la prohibición de la expulsión colectiva se convierte en (i) regla<sup>348</sup> que admite muy pocas excepciones<sup>349</sup>, (ii) límite al ejercicio del

<sup>342</sup> Además, esta formulación había sido acogida por el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre los derechos de los no ciudadanos, el Sr. David Weissbrodt. Cf., COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *Prevention of Discrimination: The rights of non-citizens*, Final report of the Special Rapporteur, Mr. David Weissbrodt, submitted in accordance with Sub-Commission decision 2000/103, Commission resolution 2000/104 and Economic and Social Council decision 2000/283, 26 May 2003 (UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/23), párr. 11.

<sup>343</sup> El Salvador fue el único Estado en proponer una enmienda al literal 3º del artículo 10. Cf., *Ninth report of the Special Rapporteur Mr. Maurice Kamto for the “Expulsion of aliens”*, 66ª sesión ILC (2014), Doc. A/CN.4/870, párr. 40.

<sup>344</sup> Expresamos esto mismo, cf. el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966, United Nations, *Treaty Series*, vol. 999, Nº 4668, p. 241 (versión castellana).

<sup>345</sup> En la perspectiva tradicional, la expulsión colectiva era considerada una práctica anti-jurídica sólo cuando fuera discriminatoria y arbitraria, desproporcionada o contraria a la buena fe (cf., artículo 7º, *in fine*, de la Declaración de Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven de 13 de diciembre de 1985 (A/RES/40/144); principios 17 y 18 de la *Declaration of Principles of International Law on Mass Expulsion*, Report of the sixty-second Conference of the International Law Association, Seoul, 24-30 August 1985, Texto disponible en: *International Migration Review*, vol. 20, Nº 4, 1986, pp. 1048-1053).

<sup>346</sup> La prohibición de la expulsión colectiva admite su derogación en situaciones de crisis particularmente graves que demanden la introducción de medidas extraordinarias y de suspensión temporal de las obligaciones internacionales (v.g., guerra, peligro público o emergencia pública

<sup>342</sup> Chetail da como ejemplos Irán y China, en: “The transnational movement of persons under general international law. Mapping the customary law foundations of international migration law”, Chetail, Vincent y Baluzot, Céline (eds.), *Research Handbook on International Law and Migration*, Edward Elgar Publishing, p. 56.

<sup>343</sup> Cf., *Third report*..., párr. 115.

<sup>344</sup> Henckjaerts, “The current status...”, ob. cit., p. 306; Chetail, “The transnational...”, ob. cit., pp. 55-56. En sentido contrario, no obstante la existencia de normas convencionales regionales prohibiendo la expulsión colectiva, Peseux-Chourd, Richard, “L’expulsion en masse d’étrangers”, *Annuaire français de droit international*, vol. 34, 1988, pp. 677-693, p. 682.

derecho soberano de los Estados de expulsar a un extranjero de su territorio<sup>350</sup> y *(iii)* garantía de la persona extranjera expulsada o en vías de expulsión de que se adopte una decisión individual considerando las particulares circunstancias de su caso<sup>351</sup>.

## 2. Reflexión sobre el concepto de "expulsión colectiva" desarrollado por la jurisprudencia del TEDH

Una nota preliminar, y que marcará una diferencia importante en la labor del TEDH con relación a sus otros congéneres regionales, es la ausencia de disposiciones específicas relativas a los extranjeros en el Convenio de Roma, a pesar de que se reconoce, en su artículo 1º, la aplicación de los derechos y libertades fundamentales previstos en el CEDH a *todas* las personas que se encuentran bajo jurisdicción de los Estados parte, independientemente de su nacionalidad. Así, tan sólo existen dos disposiciones en dos protocolos adicionales que colman algunas de las lagunas convencionales existentes sobre extranjeros<sup>352</sup>, ambas relacionadas con la expulsión: el ya mencionado

que amenace la independencia o seguridad de un Estado). Cf., artículos 15, Nº 1, CEDH, y 27, Nº 1, Pacto de San José.

<sup>350</sup> Sin embargo, cuando esa expulsión colectiva signifique la vulneración del principio de *jus cogens* de la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes –su estatus jurídico deriva de la especial naturaleza del bien jurídico que busca proteger, *i.e.*, la vida y la dignidad humanas–, aquella no será admisible al amparo del DI.

<sup>351</sup> Para el DI la soberanía nacional sigue siendo, incontestablemente, el fundamento jurídico de legitimación del derecho de un Estado a expulsar un extranjero de su territorio, de carácter discrecional, pero sometido a parámetros de legalidad y justiciabilidad (*v.g.*, el principio de legalidad, la prohibición de la arbitrariedad, el abuso del derecho, la delegación de justicia o la no discriminación). Al respecto, además de la bibliografía y doctrina allí mencionadas, cf. *Memorandum...* (Doc. A/CN.4/565), *ob. cit.*, párs. 185-193, 194-197 y 198-200.

<sup>352</sup> HUMAN RIGHTS COMMITTEE, 27<sup>th</sup> session, 11 April 1986, *General Comment Nº 15 "The position of aliens under the Covenant"*, Doc. HRIJ/GEN/1/Rev. 9 (vol. 1), párr. 10: "However, by allowing only those carried out "in pursuance of a decision reached in accordance with law", its purpose is clearly to prevent arbitrary expulsions. On the other hand, *it entitles each alien to a decision in his own case and, hence, article 13 would not be satisfied with laws or decisions providing for collective or mass expulsions*" (cursiva nuestra).

<sup>353</sup> Fuera del ámbito de aplicación material del CEDH quedarán las materias relacionadas con la entrada, permanencia y salida de extranjeros de un territorio y el derecho de asilo. Es por ello que, como ha sostenido Sudre, la protección jurídica de los extranjeros por el TEDH es parcial, y el CEDH, en cuanto a los extranjeros y su protección jurídica, es doblemente

artículo 4º del Protocolo 4, prohibiendo la expulsión colectiva, y artículo 1º del Protocolo 7, que establece garantías de procedimiento en el caso de expulsión, adoptados el 16 de septiembre de 1963 y el 22 de noviembre de 1984, respectivamente.

La consecuencia fue la extensión, por vía pretoriana, de la protección jurídica conferida por el CEDH a los extranjeros. Explicándolo, la protección judicial efectiva y no ilusoria de los derechos y libertades fundamentales –marcada por el tránsito de la proclamación de grandes textos o declaraciones de principios a su jurisdiccionalización efectiva y resultante de la labor del TEDH y de su interpretación evolutiva y teleológica del CEDH<sup>353</sup>– permitió al TEDH garantizar a los extranjeros destinatarios de una medida de expulsión una protección *par ricochet* o derivada de determinados derechos expresamente garantizados por el CEDH, máxime, la prohibición de la tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 3º), el respeto a la vida privada y familiar (artículo 8º), el derecho a un juicio equitativo (artículo 13) o, aun, la prohibición de la pena de muerte (artículo 1º del Protocolo 6).

El artículo 4º del Protocolo 4 es una norma *taxativa*, pues su ámbito material de aplicación se restringe a la expulsión colectiva, dejando fuera la expulsión individual y la expulsión simultánea de varias personas, y no contempla ninguna excepción o cláusula de salvaguardia a dicha prohibición<sup>354</sup>, y *lacónica*, porque se limita a prohibir sin definir su objeto de prohibición.

lagunoso (Sudre, Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, París, 1998, pp. 501-502), aún más si se compara con, *v.g.*, el Pacto de San José o la Carta de Bangui, que reogen en sus textos originales disposiciones tanto sobre el derecho de asilo como sobre expulsión.

<sup>353</sup> Sobre este punto, v. Pastore Ridrueiro, José A., "La reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: temas escogidos", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Morúa-Garretz 2007*, Universidad del País Vasco, 2007, pp. 241-276, pp. 247-250.

<sup>354</sup> Cf. *Rapport explicatif sur Protocole Nº 4*, STE Nº 46, párs. 31-34. Disponible en: <http://conventions.coe.int/Treaty/ER/Reports/Html/046.htm> [consultar: 22 de agosto de 2015]. El informe explicativo fue elaborado por un Comité de Expertos constituido por el Comité de Ministros, a través de su resolución (60)6, de 22 de marzo de 1960, a petición de la Asamblea Consultiva (Recomendación 234 (1960), de 22 de enero de 1960), con el objetivo de redactar

La propuesta inicial de la Asamblea Consultiva para este artículo era bastante distinta de su actual redacción, versando sobre las expulsiones individuales desde un doble punto de vista: por un lado, limitaba las expulsiones de extranjeros legalmente residentes en un Estado contratante a las situaciones de peligro o amenaza a la seguridad nacional y de violación del orden público o de las buenas costumbres, y, por otro lado, concedía a los extranjeros expulsados un conjunto mínimo de garantías procedimentales, tales como los derechos de contradictorio y de recurso efectivo. Tras una serie de reuniones, el Comité de Expertos modificó su contenido, considerando que dicha propuesta de la Asamblea Consultiva entraba en conflicto con el artículo 3º de la Convención Europea de Establecimiento firmada en París el 13 de diciembre de 1955, que preveía garantías procedimentales de semejante índole, aunque sólo para nacionales de los Estados contratantes<sup>355</sup>. Pero fue, sobre todo, la oposición de los Estados a limitar su poder soberano de expulsar, máxime las razones o motivos que fundamentan su decisión de expulsión, y de someterlo al escrutinio del DI<sup>356</sup>, lo que tuvo el mayor peso en la decisión final.

Ante el "silencio" del tenor del artículo 4º del Protocolo 4, su aplicabilidad y efectos dependen, en gran medida, de saber qué es lo que se entiende por ambos términos que componen el concepto de "expulsión colectiva".

En relación a la "expulsión", tanto para la Comisión Europea de Derechos Humanos [CEDH]<sup>357</sup> como para el TEDH<sup>358</sup>, dicho concepto es interpretado en sentido amplio, por cuanto definen la expulsión colectiva como

un segundo protocolo adicional sobre la protección de derechos civiles y políticos no previstos en el CEDH o en su primer protocolo adicional.

<sup>355</sup> Sobre las críticas a este argumento del Comité de Expertos, v. Van Duik, Peter et al. (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4th edición, Inter-sentia, Antwerpen-Oxford, 2006, p. 954.

<sup>356</sup> *Rapport explicatif*..., ob. cit., párr. 34.

<sup>357</sup> Asunto Becker c. Dinamarca (demanda Nº 7011/75), de 10 de octubre de 1975, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, vol. 19, 1976, p. 416, 475.

<sup>358</sup> Asunto Andric c. Suecia (demanda Nº 45917/99), STEDH de 23 de febrero de 1999. Junto con el asunto Andric, otras demandas sobre la expulsión hacia Croacia y Bosnia-Herzegovina de ciudadanos bosnio-croatas han sido igualmente presentadas ante el TEDH y todas ellas consideradas inadmisibles, a saber, Magić c. Suecia (Nº 45918/99), Pavlovic c. Suecia

"any measure of the competent authorities compelling aliens as a group to leave the country, except where such a measure is taken after and on the basis of a reasonable and objective examination of the particular cases of each individual alien of the group" (cursiva nuestra). No obstante la ausencia de una definición expresa de expulsión en el CEDH y sus protocolos, para el Comité de Expertos, en sus *travaux préparatoires* de elaboración del Protocolo 4, estaba claro que "le mot 'expulsion' doit être compris ici dans le sens générique que lui reconnaît le langage courant (chasser hors d'un endroit)"<sup>359</sup>, excluyendo, eso sí, de su ámbito de aplicación, la extradición<sup>360</sup>.

Si bien la aclaración conceptual realizada por el Comité de Expertos se hizo a propósito de la prohibición de la expulsión de los nacionales, prevista en el artículo 3º del Protocolo, la circunstancia de que ambas normas compartan la misma *raison d'être*<sup>361</sup>, es suficiente para que esa definición y el alcance del término "expulsión" se apliquen también al artículo 4º<sup>362</sup>. Por otro lado, considerando que (i) la extradición, que es una forma de cooperación judicial, sólo puede ser decretada por un tribunal, casi siempre sobre la base de un acuerdo bilateral, a través del cual un Estado, en su fuero interno de otro, entrega una persona extranjera que se encuentra en su territorio a las autoridades judiciales del Estado requirente para que los tribunales de éste lo puedan juzgar, en el ámbito de un proceso penal, o condenar en una

(Nº 45920/99), *Maric c. Suecia* (Nº 45922/99), *Andrić c. Suecia* (Nº 45923/99), *Jurić c. Suecia* (Nº 45924/99) y *Pramko c. Suecia* (Nº 45925/99).

<sup>359</sup> *Rapport explicatif*..., ob. cit., párr. 21.

<sup>360</sup> *Ibid.* La distinción entre ambos conceptos será reafirmada por el TEDH en posteriores fallos, donde se aclara, v.g., que la expulsión es una orden de salida del territorio de un Estado sin que exista la posibilidad de regreso posterior al país (asunto X. c. Austria y Alemania (Nº 6189/73), sentencia 13 de mayo de 1974, párrs. 13-14, *Recueil de décisions de la Commission européenne des droits de l'Homme*, 46, Strasbourg, 1974, p. 214), mientras la extradición significa la transferencia de un extranjero de un país a otro para que en el territorio de este último pueda ser juzgado ante un tribunal o cumplir una sentencia condenatoria (asunto *Bricknam c. Alemania* (demanda Nº 6242/73), sentencia de 27 de mayo de 1974, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 17, Martinus Nijhoff, The Hague, 1974, pp. 458-479 (477-479)).

<sup>361</sup> "Il a été entendu que l'adoption du présent article [4] et de l'article 3º, paragraphes 1, d'expulsion collective prises dans le passé". *Rapport explicatif*..., ob. cit., párr. 33.

<sup>362</sup> Asunto *Hirsi Jamaa y Oros c. Italia* (demanda Nº 27765/09), de 23 de febrero de 2012, párr. 174, *in fine*.

pena o medida privativa de la libertad, y (ii) el fin del artículo 4º es prevenir que los Estados ordenen la salida involuntaria de extranjeros sin que se les conceda la posibilidad de exponer, en un proceso legal, sus razones en contra de la medida de expulsión, es nuestro entendimiento de que la extradición queda excluida del campo de aplicación de la prohibición de las expulsiones colectivas.

El TEDH recurriría a la misma interpretación teleológica en el asunto *Hirsi Jamaa* para fallar, por primera vez, sobre la aplicabilidad extraterritorial de la prohibición de las expulsiones colectivas a causa de la práctica de interceptación de migrantes y refugiados en la alta mar y su inmediata devolución a países terceros<sup>363</sup>. Para el TEDH, la determinación del carácter puramente territorial o también extraterritorial del artículo 4º pasaba por la observancia de las reglas internacionales sobre tratados, que establecen que los mismos deben interpretarse "conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin" (artículo 31 de la Convención de Viena de sobre el derecho de los tratados<sup>364</sup>), abriéndose, por esta vía, la puerta a la interpretación teleológica del citado artículo 4º, como resultado metodológico de la analogía, al que el Tribunal ha llegado, comparando el fin del artículo 4º con el objetivo de las operaciones marítimas de control fronterizo y rescate realizadas *in casu* por Italia, en las que se hacía "retroceder" (*push back*) a los migrantes y refugiados interceptados en alta mar, evitando así que éstos alcanzaran el territorio costero del Estado, para concluir que ambos se asemejaban –*l.e.*, devolución de extranjeros sin examinación previa de

<sup>363</sup> La práctica de *push back* en aguas internacionales y su compatibilidad con la prohibición de la expulsión colectiva hace tiempo que era tema de preocupación para la doctrina (v. Papanavriou, Eftymiotis, "The 'Left-to-Die Boat' incident of march 2011: Questions of international responsibility arising from the failure to save refugees at sea", *RLI Working Paper* N° 10, 22 pp.), como para el propio Parlamento Europeo (vg., Pregunta Escrita de Giusio Catania (GUE/NGL) a la Comisión, sobre "Expulsión de los solicitantes de asilo a bordo del buque Cap Anamur" [P-1737/04], de 17 de agosto de 2004 [JO C 125 de 29.05.2006]).

<sup>364</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties (UN Doc. A/CONF.39/27), *United Nations Conference on the Law of Treaties, First and second sessions, Vienna, 26 March-24 May 1968 and 9 April-22 May 1969*, Official Records, Documents of the Conference, United Nations, New York, 1971, p. 289.

<sup>365</sup> *Hirsi Jamaa*...., ob. cit., párrs. 170-171.

sus circunstancias personales—, y además tales operaciones constituirían un ejercicio de jurisdicción en el sentido del artículo 1º del CEDH<sup>366</sup>. Concepto este que, al igual que el de expulsión, es eminentemente territorial, pero que, en casos excepcionales, puede ser ejercido extraterritorialmente—como en el caso de la interceptación en alta mar de migrantes o refugiados en el ámbito de operaciones de control fronterizo y rescate—, por lo que se podría aceptar que el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial por parte de Italia había tomado la forma de expulsión colectiva<sup>367</sup>. Conclui en sentido contrario significaría la posibilidad de obtener resultados interpretativos incoherentes entre el CEDH y su Protocolo 4, además de restar efecto útil a la prohibición del artículo 4º, permitiendo que un número significativo de personas extranjeras no tuviera derecho a ver su situación personal examinada de forma individual antes de su expulsión o devolución<sup>368</sup> dado que hoy una gran parte de las rutas de inmigración irregular y de refugiados hacia Europa son marítimas. Asimismo, el TEDH afirmó que ni el tenor del artículo 4º, que no contiene ninguna mención al territorio, ni los *travaux préparatoires* imponen el nexo territorial en la expulsión colectiva<sup>369</sup>. Sin embargo, la tesis de la extraterritorialidad de la prohibición del artículo 4º, que conlleva la posibilidad de su aplicación en los casos en que el extranjero no se encuentra todavía dentro del territorio de un Estado, como son las prácticas de no admisión, no encontró cabida en el proyecto final de CDI, que incluso expresamente la excluye<sup>370</sup>. Esto puede llevar naturalmente a disparejos resultados interpretativos con relación al ámbito de aplicación de la prohibición de expulsión colectiva entre la definición internacional y la europea.

<sup>366</sup> *Idem*, párrs. 177 y 180-181.

<sup>367</sup> *Idem*, párr. 178.

<sup>368</sup> *Idem*, párr. 177, *in fine*.

<sup>369</sup> *Idem*, párrs. 173-174.

<sup>370</sup> Establece el artículo 2º, al. a): "A los efectos del presente proyecto de artículos: a) Se entiende por 'expulsión' un acto jurídico o un comportamiento, atribuible a un Estado, por el cual un extranjero es compelido a abandonar el territorio de ese Estado; *no incluye* la extradición a otro Estado, la entrega a una jurisdicción penal internacional ni *la no admisión de un extranjero en un Estado*" (cursiva nuestra).

En segundo lugar, con relación al término “colectiva”, en su primer fallo al respecto, el asunto *X. e Y. contra Suecia*<sup>371</sup>, la ComEDH, sin definir dicho concepto, aseveró que la expulsión individual quedaba excluida de la prohibición del artículo 4º, razón por la que desestimó las demandas interpuestas, considerando que en el caso *sub judice* las decisiones de expulsión se basaron en las circunstancias individuales de cada uno de los particulares demandantes. En otras palabras, la simultaneidad de expulsiones individuales no configura *per se* una situación de expulsión colectiva de extranjeros, cuando las decisiones competentes hayan tenido por base el examen previo de la situación concreta de cada una de las personas expulsadas.

Esta conclusión serviría como premisa para que, años más tarde, en el asunto *Becker contra Dinamarca*—a propósito de la decisión del gobierno danés de reparar a 119 niños huérfanos vietnamitas huídos de la guerra civil, muchos de ellos pertenecientes a las minorías Mieng y Stieng, perseguidas durante el conflicto por el Frente de Liberación del Vietnam—, la ComEDH introdujera la idea de “grupo” como elemento definitorio del concepto de expulsión colectiva. Así, la expulsión colectiva resultaría de toda medida de salida involuntaria de extranjeros *como grupo*. Siendo un elemento esencial del concepto de expulsión colectiva, lo cierto es que hasta la fecha ni la ComEDH ni el TEDH<sup>372</sup> han proporcionado una definición

<sup>371</sup> Asunto *X. e Y. c. Suecia* (demanda Nº 3803/68 y 3804/68), de 4 de octubre de 1968.

<sup>372</sup> Ni siquiera en el asunto *Conka* (2002), donde, como veremos *infra*, los expulsados, aparte de tener la misma nacionalidad, pertenecían a la misma familia y etnia, o en el asunto *Georgia c. Rusia* (2014), en el que el TEDH afirma expresamente que las expulsiones de miles de georgianos que vivían en Rusia “were collective in nature” (párr. 176).

A este propósito, nos parece que el concepto de “grupo social” presente en la Convención de Ginebra de 1951 (artículo 1º, a), párr. 2), asume un valor interpretativo relevante. Si bien la Convención, al igual que el CEDH, no define dicho concepto, tanto el Consejo de Europa (cf., *Recommendation REC (2004)9 of the Committee of Ministers to Member States on the concept of “Membership of a particular social group” in the context of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, adopted by the Committee of Ministers on 30 June 2004, at the 890<sup>th</sup> meeting of the Ministers’ Deputies, en: UNHCR, *Collection of International Instruments and Legal Texts Concerning Refugees*, vol. 4, Geneva, 2007, p. 1417), como la propia Unión Europea (cf., artículo 10, Nº 1, al. d), de la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida [D.O. L. 337, de 20.12.2011,

de “grupo”, sea en cuanto a su dimensión o a las relaciones que unen a sus miembros. En cualquier caso, jamás estos dos órganos consideraron inadmisibles una demanda porque no existía un grupo.

La dificultad que puede significar distinguir, en la práctica, la expulsión de un grupo de extranjeros de las expulsiones individuales en simultáneo de extranjeros fue resuelta por la sentencia *Becker*, y reiterada por jurisprudencia posterior, recurriendo no a las características dimensionales e intrarrelacionales del grupo, sino que al criterio del procedimiento de expulsión, adicionando una garantía procedimental, que de cierto modo se intuya, en los procesos de expulsión individual, a saber, la realización de un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada uno de los expulsados. De esta forma, un procedimiento de expulsión individual conforme al CEDH, además de respetar las garantías previstas en el Protocolo 7, Nº 1, debe observar la garantía adicional de la realización previa de un examen individualizado de cada situación.

En muchos otros casos posteriores, el TEDH, en una postura conservadora, siguió considerando la preexistencia de un examen individualizado de la situación de cada extranjero condición suficiente para justificar la expulsión, aunque las órdenes de salida involuntaria fueran de contenido muy similar, sólo cambiaban el nombre de los destinatarios, y éstos compartiesen la misma nacionalidad, con tal que a cada persona expulsada haya sido concedida la prerrogativa de exponer sus argumentos en contra de la decisión de expulsión de forma individualizada ante las entidades administrativas o judiciales y que los mismos hayan sido analizados, igualmente de forma individual, por las entidades competentes, dando, así, cumplimiento a la garantía implícita en el artículo 4º del Protocolo 4<sup>373</sup>.

p. 91) se hacen cargo de su conceptualización. Para ambos la pertenencia a un determinado social perseguido supone el compartir una característica inania o unos antecedentes comunes que no pueden cambiarse, o una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad o conciencia que no se les puede exigir que renuncien a ella y, aun, en el caso de la definición de la Unión, la posesión de “una identidad diferenciada en el país de que se trate por ser percibido como diferente por la sociedad que lo rodea”.

<sup>373</sup> Así pasó en los asuntos *A. y Otros c. Holanda* (Nº 14209/88), de 16 de diciembre de 1988, y *B. c. Holanda* (Nº 14457/88), de 16 de diciembre de 1988 [relacionados con las órdenes de expulsión de nacionales de Surinam acogidos en los Países Bajos por razones hu-

Una interpretación estricta de esta jurisprudencia podría llevar a la conclusión de que el TEDH habría introducido una excepción a la prohibición de las expulsiones colectivas (regla). Pero, lo que hizo el TEDH fue introducir una garantía procedimental mínima en los procesos de expulsión, contrariando la intención del Comité de Expertos que redactó el Protocolo<sup>374</sup>. Por otro lado, como el resultado práctico tanto de la expulsión colectiva en sentido propio como de la expulsión simultánea de varios extranjeros es el mismo —la salida o abandono involuntario del país de varias personas a la vez, formen entre ellas un grupo o no—, el TEDH intentó trazar una frontera entre ambas realidades para que no se confundan en sus fundamentos y para que la segunda (que no está prohibida) no oculte la primera (que sí está prohibida). Esto significa que los Estados, para eludir la prohibición del artículo 4º, deben probar que el examen individual, objetivo y razonable de las varias personas expulsadas o a expulsar en simultáneo no consistió en el aparente cumplimiento de una mera formalidad, puesto que el conjunto de las circunstancias concretas de la situación de cada extranjero fue efectivamente considerado, ya sea que se trate de expulsiones simultáneas o de una sola persona<sup>375</sup>. Si bien el artículo 4º no se refiere a la expulsión individual, el requisito del examen objetivo y razonable es una garantía común a todo proceso de expulsión, desde luego porque la prohibición de la arbitrariedad (“infracción deliberada de las normas relativas a las garantías procesales, un acto que estremece, o al menos sorprende, la idea de lo que es jurídicamente apropiado”) y la buena fe (“exigencia de que un Estado cumpla con sus obligaciones o ejerza sus derechos de modo justo, razonable y honesto, que sea coherente con la finalidad de esas obligaciones o derechos”) —principios reconocidos por el DI— exigen del Estado la

manitarias, mientras el conflicto político interno persistía, y que llevó el gobierno holandés a suspender, entre diciembre de 1986 y febrero de 1988, los procesos de solicitud de asilo político y/o concesión de autorización de residencia de cerca de 3 mil surinameses] y en los asuntos *Andrić c. Suecia* (Nº 45917/99), *Majić c. Suecia* (demanda Nº 45918/99), *Pavlović c. Suecia* (Nº 45920/99), *Martić c. Suecia* (Nº 45922/99), *Andrijić c. Suecia* (Nº 45923/99), *Jurić c. Suecia* (Nº 45924/99) y *Pranjić c. Suecia* (Nº 45925/99), todos de 23 de febrero de 1999 [estas demandas guardan relación con la expulsión desde Suecia a Croacia y Bosnia-Herzegovina de ciudadanos bosnio-croatas].

<sup>374</sup> *Rapport explicatif*..., ob. cit., párr. 34, *in fine*.

<sup>375</sup> En este sentido, *Dirk et al., Theory and Practice*..., ob. cit., p. 955.

obligación de examinar de forma objetiva y razonable la situación de un extranjero antes de que se ordene su expulsión<sup>376</sup>.

En el importante asunto *Čonka contra Bélgica*<sup>377</sup>, en el que el TEDH condena por primera vez a un país europeo por la práctica de expulsión colectiva, se incorporan las circunstancias *de facto* —*í.e.*, el contexto— que rodean la expulsión como un elemento interpretativo para efectos de la determinación del carácter colectivo de la expulsión<sup>378</sup>. Resumidamente, se trataba de la expulsión de la familia Čonka, compuesta por ambos progenitores y dos hijos, junto con otras familias gitanas (un total de 74 personas), por vía aérea, de Bélgica hacia Eslovaquia, donde vivía y donde había sido violentamente agredida y amenazada de muerte por un grupo de *skinheads*. Como consecuencia, la familia Čonka decide huir a Bélgica, presentando una solicitud de asilo, que fue rechazada bajo el argumento de que Eslovaquia era un país seguro. Tras una serie de recursos internos, el *Conseil d'Etat* confirmó la decisión de rechazo, declinando la pretensión de los recurrentes y, pocos días después, la policía de Ghent notificó al Sr. Čonka y su familia, como asimismo a otras familias gitanas de origen eslovaco, para que se presentasen en la Comisaría con el objetivo de finalizar los trámites relativos a su solicitud de asilo. Llegados a la Comisaría, les fue comunicado por las autoridades policiales belgas una orden de salida y de conducción a la frontera eslovaca. Igualmente, se les hizo presente que podían recurrir de la decisión de expulsión ante el *Conseil d'Etat* y el tribunal penal en el plazo de 60 días. Horas más tarde, la familia Čonka, junto con otras unidades familiares, fueron arrestadas y llevadas al centro de detención *Transit Centre 127 bis*, cerca del aeropuerto de Bruselas, donde se quedaron hasta el día en que desde el aeropuerto militar de Melsbroek fueron deportados a Eslovaquia.

Considerando esto, el TEDH manifestó serias dudas sobre la base legal de la detención y expulsión de los demandantes y respecto de la actuación

<sup>376</sup> Llegando a un resultado similar, pero utilizando el argumento de la discriminación intolerable y, por esa vía, defendiendo una interpretación extensiva de la garantía procedimental a la expulsión individual, v. *Dirk et al., Theory and Practice*..., ob. cit., p. 955.

<sup>377</sup> Asunto *Čonka c. Bélgica* (Nº 51564/99), STEDH de 5 de febrero de 2002.

<sup>378</sup> *Idem*, párr. 59.

de las autoridades belgas en todo este asunto, circunstancias que se acrecientan por el elevado número de personas expulsadas de la misma nacionalidad<sup>379</sup>. Estas dudas, según el TEDH, son reforzadas por una serie de factores concurrentes: (i) previamente a las órdenes de expulsión y salida de los demandantes, las autoridades políticas belgas habían anunciado la realización futura de operaciones de expulsión, dando incluso instrucciones a las entidades competentes sobre su implementación; (ii) todos los extrajeros expulsados fueron notificados para comparecer en la Comisaría de Ghent en el mismo día y hora; (iii) las órdenes de expulsión y detención han sido redactadas en términos idénticos para todos ellos; (iv) la dificultad de los demandantes y demás expulsados para contactar un abogado, y (v) el procedimiento de solicitud de asilo no estaba aún finalizado, aún no se había producido el acto administrativo que ponía fin a dicho procedimiento. Por todo esto, el TEDH concluyó que en ningún momento, en el período entre la notificación a los extranjeros para comparecer en la comisaría y su expulsión, el procedimiento seguido por las autoridades belgas ofreció garantías suficientes que demostraran que las circunstancias personales de cada uno de los expulsados habían sido efectiva e individualmente tenidas en cuenta.

El novedoso enfoque del TEDH tiene la virtud de posibilitar la detección de expulsiones colectivas de extranjeros encubiertas. O sea, para el juicio de determinar si un Estado procedió o no a una expulsión colectiva, no basta que éste haya cumplido las formalidades legales exigidas, incluida la realización de un examen objetivo y razonable, es necesario además que quede demostrado que dicho Estado ha actuado con la intención de no expulsar colectivamente un grupo de extranjeros. En otras palabras, la observancia del requisito del examen objetivo y razonable no se cumple con la mera apariencia de juridicidad, sino que es necesario también que lo sea en la sustancia.

Ahora bien, si, como defiende el TEDH desde el asunto *Becker*, toda la medida llevada a cabo por la autoridad competente que determina la salida de extranjeros como grupo puede constatar una práctica de expulsión colectiva, esto significa que la expulsión colectiva puede ser llevada a cabo

de distintas formas que no necesariamente impliquen una decisión oficial y escrita, y sí por un comportamiento, ya sea un acto de persecución, represalia o un trato discriminatorio. Pero, para ello, es menester el análisis del contexto en que tuvo lugar la expulsión colectiva, principalmente el comportamiento de las autoridades competentes. Con la introducción de este elemento interpretativo, el TEDH permite una lectura amplia del concepto de "medida".

Este entendimiento del TEDH conlleva, también, la cuestión de la prueba. En general, probar la intención fraudulenta no es fácil y, según la doctrina clásica, el *onus probandi* recae sobre quien invocó el fraude, siendo, por ello, el expulsado quien debe probar que las expulsiones en simultáneo de varios extranjeros llevadas a cabo por el Estado no son más que expulsiones colectivas. Quizás consciente de esa dificultad, el TEDH en lugar de exigir la prueba de la naturaleza fraudulenta de la intención de las autoridades nacionales en proceder a una expulsión colectiva disfrazada de expulsiones simultáneas, parece presumir, tanto de las circunstancias concretas del caso como del hecho de que un número muy significativo de personas del mismo origen del demandante han igualmente sido expulsadas en los mismos términos, la intención del Estado belga en expulsar colectivamente a un grupo de extranjeros<sup>380</sup>. Es decir, si bien, como lo referimos al inicio de este trabajo<sup>381</sup>, el elemento cuantitativo –la masividad de las expulsiones– no es esencial en la definición del concepto de expulsión colectiva, lo cierto es que para el TEDH<sup>382</sup>, al igual que para cierta doctrina<sup>383</sup>, la existencia de expulsiones en gran escala parece presumir la práctica de una expulsión colectiva.

<sup>380</sup> Asimismo, Diersa, Aglaé y Huisman, Jean-Marc, "La notion d'expulsion collective d'étrangers, prévue à l'article 4 du protocole 4 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales: c'est l'intention qui compte...", *Annales de Droit de Louvain*, N° 1 y 2, 2005, pp. 73-86, p. 84.

<sup>381</sup> *Id.*, p. 8 *supra*.

<sup>382</sup> *Conka c. Belgique*, ob. cit., párr. 61. *In fine*: "In those circumstances and in view of the large number of persons of the same origin who suffered the same fate as the applicants, the Court considers that the procedure followed does not enable it to eliminate all doubt that the expulsion might have been collective" (cursiva nuestra).

<sup>383</sup> HENCKAERTS, "The current status...", ob. cit., p. 303 e *Id.*, *Mass Expulsion...*, ob. cit., p. 12.

¿Estaremos entonces ante la emergencia de un mecanismo de presunción? La jurisprudencia existente no nos permite contestar todavía a esta pregunta de modo definitivo, pero baste decir que, en el caso de existir, siempre se trataría de un mecanismo de presunción *inuris tantum*, es decir, los Estados siempre tendrían la posibilidad de invocar el “juicio hipotético” formulado por el tribunal, acreditando que su intención no ha sido la de proceder a una expulsión colectiva encubierta<sup>384</sup>.

Por otra parte, en el análisis del contexto en que se produce una expulsión de extranjeros es también importante la conducta de los expulsados, y no sólo la de los Estados. Conducía esa que puede ser la causa para que las autoridades nacionales hayan emitido una única decisión de expulsión para dos personas, *in casu*, marido y mujer, que habían entrado juntos en el país de acogida, presentado su solicitud de asilo en conjunto, bajo los mismos motivos, aportando la misma prueba y presentando recursos de apelación también en conjunto<sup>385</sup>.

En el reciente asunto *Georgia contra Rusia (I)*<sup>386</sup>, el TEDH vuelve a invocar el elemento cuantitativo de la expulsión de nacionales georgianos de Rusia entre septiembre de 2006 y enero de 2007, tras la detención de cuatro oficiales rusos en Tíbilisi<sup>387</sup>, juntamente con las circunstancias concretas de la expulsión—emisión de las circulares e instrucciones administrativas; detenciones de un elevado número de ciudadanos georgianos; vuelos organizados de grupos de georgianos de Moscú a Tíbilisi y cartas enviadas a cuatro escuelas por funcionarios rusos con el objetivo de identificar a los alumnos de Georgia en Rusia—, para considerar que el comportamiento de las autoridades rusas configuró una práctica administrativa coordinada y

generalizada de expulsión colectiva que apuntaba a un grupo específico de personas, nacionales o de origen georgiano, aunque algunos de ellos no tenían residencial legal en Rusia<sup>388</sup>. Para el TEDH, el carácter masivo de las detenciones y expulsiones constituye un indicio—no un elemento de presunción—de la existencia de una expulsión colectiva, haciendo, ahora, una precisión al añadir, en su juicio de ponderación, el elemento temporal: un proceso de expulsión individual que cumpla a cabalidad las garantías procedimentales mínimas exigidas toma su tiempo; por lo que es inverosímil, para el TEDH, que un Estado, por mejor organizado que esté administrativa y judicialmente, pueda realizar miles de exámenes objetivos y razonables de la situación de cada una de las personas expulsadas (*in casu*, más de 4.600 órdenes de expulsión y 2.380 detenciones y expulsiones) en periodos breves de tiempo (*in casu*, cuatro meses)<sup>389</sup>.

Cuestión jurídica interesante es la conformidad con la prohibición de la expulsión colectiva de la práctica de la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión (los llamados “vuelos colectivos o charter”) realizados por los Estados miembros de la Unión Europea al amparo de la Decisión 2004/573/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004<sup>390</sup>. Se trata de operaciones nacionales coordinadas de expulsiones aéreas que, por razones logísticas y economi-

<sup>384</sup> *Idem*, párr. 176.

<sup>385</sup> *Idem*, párrs. 135 y 175.

<sup>386</sup> D.O. L 261, de 6.08.2004, p. 28 (versión rectificativa en el D.O. L 237, de 14.09.2005, p. 10). Esta decisión se enmarcaba en el *Plan global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea* (D.O. C 142, de 14.06.2002, p. 23), que destacaba la política de readmisión y repatriación como parte integrante y crucial de la lucha contra la inmigración ilegal. En ese mismo año se adoptó el *Programa de acción sobre el retorno* del Consejo, de 28 de noviembre de 2002 (doc. 14673/02, MIGR 125), basado en la Comunicación de la Comisión relativa a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales [COM(2002) 564 final, de 14.10.2002] que comprende todo el proceso de actuación en relación con la gestión del retorno en los Estados miembros, abarcando tanto el retorno voluntario o forzoso—de nacionales de terceros países como sus etapas intermedias, entre ellas, la preparación y el seguimiento. Esta Comunicación de 2002 dará origen a la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (D.O. L 348, de 24.12.2008, p. 98).

<sup>387</sup> En sentido contrario, Klaus DEUMELAND *apud* HENCKAERTS, “The current status...”, *ob. cit.*, n. 25 (p. 303).

<sup>388</sup> *Asunto Bertsha y Haljiti c. ex República Yugoslava de Macedonia* (Nº 1867/003), decisión (3ª sección) sobre la admisibilidad (parcial) de 16 de junio de 2005. Cf., también, asunto *Dritsas c. Italia* (Nº 2344/02), decisión (2ª sección) sobre la admisibilidad, de 1 de febrero de 2011.

<sup>389</sup> *Asunto Georgia c. Rusia (I)* (Nº 13255/07), STEDH de 3 de julio de 2014.

<sup>390</sup> Para el Estado de Georgia, estaríamos ante expulsiones colectivas con medida de represalia, en tiempo de paz; práctica que, desde luego, estaría prohibida por configurar una situación de abuso de derecho. V. GOODWIN-GILL, Guy, *International Law and the Movement of Persons between States*, Clarendon Press, 1978, pp. 209-217.

cas, son llevadas a cabo por dos o más Estados miembros en simultáneo, utilizando el mismo avión.

Si no fuera porque las partes llegaron a un acuerdo amistoso, el TEDH hubiera tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la referida práctica en los asuntos *Sulejmanovic y Otros y Sejdivic y Sulejmanovic contra Italia*<sup>391</sup>, relativos a la expulsión desde Italia de tres familias roma a Bosnia-Herzegovina, en un avión especialmente fletado por el gobierno italiano para deportar a un total de 56 personas, todas ellas de etnia gitana, que vivían en dos campamentos en la ciudad de Roma. El gobierno italiano defendía que se trataba de la salida simultánea de varias personas mediante un medio de transporte colectivo conjunto, mecanismo previsto por la ley italiana de inmigración<sup>392</sup>, y que, contrariamente a lo sucedido en Bélgica, citando directamente el asunto *Comka*, la operación de inspección a los dos campos de gitanos no había tenido por objetivo la expulsión del país de un grupo de extranjeros de una misma etnia o nacionalidad, sino que mejorar las condiciones de vida de las personas que en ellos vivían, en el contexto de una amplia política de sanidad promovida por el Estado italiano, transfiriéndolos a otros campamentos mejor organizados. El reenvío de los demandantes habría sido, entonces, consecuencia, y no causa, de los controles de identificación. No obstante que las demandas hayan sido consideradas admisibles en lo que respecta a la alegada violación del artículo 4º del Protocolo 4, el Tribunal no llega a conocer y analizar el fondo de la cuestión, limitándose a aceptar el contenido del acuerdo amistoso celebrado entre los demandantes y el Estado italiano (artículo 39 CEDH)<sup>393</sup>.

En el asunto *Sultani contra Francia*<sup>394</sup>, los “vuelos colectivos” vuelven a servir de trasfondo en un caso presentado ante el TEDH. En concreto, la decisión de expulsión de un ciudadano de nacionalidad afgana, que llegó a Francia de forma irregular en el 2002, donde, posteriormente, solicitó

<sup>391</sup> Asuntos *Sulejmanovic y Otros y Sejdivic y Sulejmanovic c. Italia* (Nº 57574/00 y 57575/00), de 8 de noviembre de 2002.

<sup>392</sup> Precisamente, la Decisión 2004/573/CE nace de una iniciativa italiana (D.O. C 223, de 19.02.2003, p. 3).

<sup>393</sup> Decisión sobre la admisibilidad de *Paso, Hazdra y Neno Sulejmanovic y Halida Sultanovic c. Italia* (Nº 57574/00), de 14 de marzo de 2002.

<sup>394</sup> Asunto *Sultani c. Francia* (Nº 45223/05), STEDH de 20 de septiembre de 2007.

asilo al *Office Français de Protection des Réfugiés et Apatrides*, solicitud que fue rechazada y el demandante invitado a salir del país. Más tarde, tras nuevos hechos ocurridos en su región de origen, y donde vivía su familia, el demandante presenta una nueva solicitud de asilo. Entre tanto, el señor Sultani fue notificado dos veces para comparecer a una Comisión, donde se encontraban otros ciudadanos afganos. Tres años después, en diciembre de 2005, el demandante fue notificado de una orden de expulsión a su país Afganistán y de detención administrativa; cinco días después fue suspendida, como medida provisional adoptada por el TEDH (artículo 39 de su Reglamento).

Recordando su jurisprudencia *Andric*, el TEDH dejó claro que el criterio medular para apreciar la existencia de una expulsión colectiva es la naturaleza de la revisión de las circunstancias personales y la valoración jurídica de cada una de ellas, que deben ser siempre individuales<sup>395</sup>. Así, para el TEDH, la circunstancia de que se concediera al Sr. Sultani la oportunidad de formular y exponer sus objeciones a la decisión de expulsión en cuanto a su situación personal y al supuesto riesgo que suponía su regreso a Afganistán en el ámbito de las dos solicitudes de asilo presentadas, la segunda de ellas posterior a la decisión de expulsión, fue suficiente para que el Tribunal se convenciera de la no vulneración del artículo 4º del Protocolo 4 y no entrara siquiera a discutir sobre la legalidad de los vuelos conjuntos –práctica común entre los Estados miembros de la Unión– y su compatibilidad con el CEDH, como pretendía el demandante.

Consciente de que la expulsión de extranjeros encuentra su legitimación jurídica en la soberanía nacional, el TEDH, desde sus primeras sentencias sobre expulsiones colectivas, ha intentado ubicarse en un punto intermedio entre el reconocimiento de la competencia soberana de control migratorio y la responsabilidad de los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos<sup>396</sup>, lo que explica, por lo menos en parte, su reluctancia a condenar un Estado por la práctica de expulsión colectiva.

<sup>395</sup> Ídem, párr. 81. Este mismo argumento volverá a ser repetido en sentencias posteriores en las que también se condenó a un Estado europeo por esta práctica, v.g., asunto *Hirsi Jamaa*, ob. cit., párr. 184.

<sup>396</sup> El CEDH no garantiza, como tal, ningún derecho de los extranjeros a entrar o a residir en el territorio de un determinado Estado, que no sea el de su nacionalidad [v.g., asuntos *Boutifly*

Pero, las últimas sentencias sobre el tema ilustran un TEDH más enfático en la defensa de los derechos consagrados en el CEDH frente a los intentos de los Estados de eludir sus obligaciones internacionales mediante el recurso a prácticas de control migratorio y fronterizo que bordan la (i)legalidad. Así lo hizo en los asuntos *Hirsi Jamaa*—su interpretación establecer un vínculo entre el ejercicio extraterritorial del control fronterizo y la aplicabilidad extraterritorial del artículo 4º del Protocolo 4 constituyó, sin duda, un freno a las prácticas estatales de “deslocalización”, más allá de las fronteras nacionales, del control migratorio y del procesamiento del asilo—, en *Shariff*<sup>397</sup>—para el TEDH, la devolución inmediata de solicitantes de asilo al “Estado miembro responsable” en virtud del cumplimiento del Reglamento Dublín<sup>398</sup> o de un acuerdo bilateral de readmisión no elude el deber de los Estados miembros del previo análisis individualizado de las circunstancias personales de cada extranjero a expulsar que exige el artículo 4º del Protocolo 4 (párrs. 221-224)—y en *Khlaifia*<sup>399</sup>—el cumplimiento efectivo de la prohibición de la expulsión colectiva no es compatible con la simplificación de procedimientos de devolución de extranjeros, reducidos, *in casu*, a la identificación de las personas que cruzaron irregularmente la frontera y devueltas a un Estado tercero con el que se ha firmado un acuerdo de readmisión, siendo menester que esos procedimientos contemplen una

<sup>397</sup> *Suita* (Nº 54273/00), STEDH de 2 de agosto de 2001, párr. 39; *Al-Nashif c. Bulgaria* (demanda Nº 50963/99), STEDH de 20 de junio de 2002, párr. 114; *Sisoyeva y otros c. Letonia* (Nº 60654), STEDH de 16 de junio de 2005, párr. 99] y el TEDH, a su vez, reconoce el derecho de los Estados a controlar la entrada, permanencia y salida de extranjeros en su territorio, sin perjuicio de los compromisos internacionales que hayan suscrito [v.g.: asuntos *Moustaqim c. Bélgica* (Nº 12313/86), STEDH de 18 de febrero de 1991, párr. 43; *Vilvarajiah y otros c. Reino Unido* (Nº 13163/87; 13164/87; 13447/87; 13448/87), STEDH de 30 de octubre de 1991, párr. 102; *Chahal c. Reino Unido* (Nº 22414/93), STEDH de 15 de noviembre de 1996, párr. 73; *Boullif c. Suiza*, ob. cit., párr. 46; *Mamatkulov y Askarov c. Turquía* (Nº 46827/99 y 46951/99), STEDH de 4 de febrero de 2005, párr. 115 y *Ismoilov y otros c. Rusia* (Nº 2947/06), STEDH de 24 de abril de 2008, párr. 115].

<sup>398</sup> Asunto *Shariff y Otros c. Italia y Grecia* (Nº 16643/09), STEDH de 21 de octubre de 2014.

<sup>399</sup> Actualmente, el Reglamento (UE) Nº 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (D.O. L 180, de 29.6.2013, p. 31).

<sup>399</sup> Asunto *Khlaifia y Otros c. Italia* (Nº 16483/12), STEDH de 1 de septiembre de 2015.

fase previa de examinación efectiva y real de las circunstancias personales de cada extranjero (párr. 156).

Desde sus primeras sentencias, y sobre todo en las últimas mencionadas, el TEDH, sin cuestionar el *ius imperii* de los Estados, tiene claro que las exigencias impuestas por la legítima lucha de los Estados europeos contra la inmigración irregular, incluso en momentos de excepcional presión migratoria, o el contexto de crisis económica en que se encuentran sumergidos, no puede justificar el recurso a prácticas que vulneran los derechos y libertades previstos en el CEDH y que dichos Estados se han comprometido a respetar.

#### CONCLUSIONES

La expulsión de extranjeros, como muchas otras categorías que tienen su sustrato jurídico en la soberanía nacional, se encuentra hoy en tensión. Divididos entre la libertad de acción que les confiere su soberanía y las obligaciones que les impone el derecho internacional, los Estados deben conciliar sus políticas de inmigración y asilo con los parámetros internacionales de derechos humanos existentes al respecto.

En este sentido, la prohibición de la expulsión colectiva debe ser comprendida como *límite* al ejercicio del derecho soberano de los Estados de expulsar a un extranjero de su territorio y *garantía* de la persona extranjera a que se adopte una decisión individual considerando las particulares circunstancias de su caso, no bastando la mera apariencia de juridicidad.

Por otro lado, siendo la expulsión colectiva un concepto jurídico y su prohibición una regla jurídica de conducta, ambas, parafraseando a Hart, comparten la misma *textura abierta*: la incapacidad humana para anticipar el futuro y todas sus posibles combinaciones dotan a las reglas y conceptos jurídicos de un grado de indeterminación que sólo es posible superar adecuadamente partiendo del análisis del problema jurídico que conoca el caso concreto a resolver por mediación a un sistema jurídico abierto y pluridimensional, en el que los principios jurídicos asumen el rol de auténticos fundamentos normativos.

Dicho esto, en gran medida, la determinación de la prohibición de la expulsión colectiva, consagrada en el artículo 4º del Protocolo 4, resultó,

y así seguirá, de una construcción pretoriana del TEDH, que la fue materializando casuísticamente.

Dos de los principales efectos de esta construcción jurisprudencial fueron, por un lado, la introducción de la idea de "grupo" como elemento definitorio del concepto de expulsión colectiva y, por otro lado, la referencia expresa a una garantía procedimental en los procesos de expulsión, a saber, la realización de un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada uno de los expulsados.

Adicionalmente, el TEDH fue afinando su definición de expulsión colectiva, aclarando, *v.g.*, que el carácter masivo de las expulsiones, no siendo un elemento esencial de dicho concepto, si constituye un indicio de su existencia, sobre todo, cuando esas expulsiones masivas se realicen en cortos períodos de tiempo.

Por último, las más recientes sentencias del TEDH sobre expulsión colectiva ilustran un Tribunal determinado en enseñar a los Estados que la expulsión colectiva no es un instrumento legítimo, desde el punto de vista jurídico, de control migratorio, y, por ende, debe ser reservado para situaciones muy excepcionales, por lo que aquéllos deben necesariamente conciliar sus políticas migratorias con los deberes que les imponen los derechos y libertades consagrados en el CEDH.

## EL CAMBIO CLIMÁTICO Y SUS EFECTOS EN LOS DERECHOS HUMANOS

HUGO A. LLANOS MANSILLA<sup>400</sup>

**RESUMEN:** El artículo trata del cambio climático, de las consecuencias que se dejan sentir hoy sobre nuestras formas de vida y de las graves repercusiones que tendrá en el futuro sobre nuestra civilización, si no tomamos medidas drásticas para disminuir los gases de efecto invernadero e impedimos el agravamiento del calentamiento de nuestro planeta.

Se señala el impacto que tiene el cambio climático sobre los Derechos Humanos, en especial, sobre el derecho a la vida, el derecho a una alimentación adecuada, el derecho al agua, el derecho a la salud y el derecho a una habitación, y se indican los tratados internacionales que se preocupan de la materia.

**PALABRAS CLAVE:** Consecuencias del cambio climático, Derechos Humanos, Emisiones de gases de efecto invernadero, amenazas ambientales, Convenciones Internacionales.

**ABSTRACT:** This article deals with climate change and the consequences it has over our way of life and the serious repercussions for the future of our civilization if drastic measures are not taken to diminish greenhouse gases emissions and prevent the aggravation of the global warming.

The impact of climate change on human rights is addressed, in particular the right to life, the right to adequate food, the right to water, the right to health and the right to housing. International conventions that address these concerns are identified.

**KEYWORDS:** Consequences of climate change, human rights, greenhouse gas emissions, environmental threats, international conventions.

<sup>400</sup> Harvard University LL.M., Profesor de Derecho Internacional Público en las Universidades de Chile y Central y en la Academia Diplomática del M. de Relaciones Exteriores.

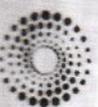


FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE CHILE

# TEMAS ACTUALES DE DERECHO INTERNACIONAL

HOMENAJE AL PROFESOR EMÉRITO  
MARIO RAMÍREZ NECOCHEA

FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE CHILE



THOMSON REUTERS