



Asamblea General

Distr. general
27 de marzo de 2009
Español
Original: francés

Comisión de Derecho Internacional

61º período de sesiones

Ginebra, 4 de mayo a 5 de junio y 6 de julio
a 7 de agosto de 2009

Quinto informe sobre la expulsión de los extranjeros

Presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial

Índice

	<i>Página</i>
Introducción	3
Primera parte. Normas generales	7
III. Principios generales	7
B. Un derecho que debe ejercerse respetando las normas del derecho internacional (continuación de A/CN.581; título de la sección modificado)	7
2. Límites relativos a la necesidad de respetar los derechos fundamentales del ser humano	7
a) Prolegómenos	7
i) Protección de los derechos de todos los seres humanos	7
ii) Concepto de “derechos fundamentales”	10
iii) Derechos fundamentales y “núcleo intangible” o “inderogable” de derechos humanos	14
a. Definición	14
b. Contenido	17
b) La obligación general de respetar los derechos humanos	19
Proyecto de artículo 8. Obligación general de respetar los derechos humanos de la persona en vías de expulsión	21
c) Derechos de la persona en vías de expulsión especialmente protegidos	21



i)	El derecho a la vida	21
	Proyecto de artículo 9. Obligación de proteger el derecho a la vida de la persona en vías de expulsión	26
ii)	El derecho a la dignidad	26
	Proyecto de artículo 10. Obligación de respetar la dignidad de la persona en vías de expulsión	29
iii)	Prohibición de la tortura y de las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes	29
	a. Tortura	31
	b. Tratos crueles, inhumanos o degradantes	38
	i. Situación general	38
	Proyecto de artículo 11. Obligación de proteger a la persona en vías de expulsión contra la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes	44
	ii. Caso particular de los niños	44
	Proyecto de artículo 12. Caso específico de la protección del niño en vías de expulsión	46
iv)	El respeto de la vida privada y familiar de la persona en vías de expulsión	47
	Proyecto de artículo 13. Obligación de respetar el derecho a la vida privada y a la vida familiar	53
v)	No discriminación	53
	Proyecto de artículo 14. Obligación de no discriminar	57

Introducción

1. En su cuarto informe¹, el Relator Especial examinó la cuestión de la expulsión en caso de doble nacionalidad o nacionalidad múltiple y la pérdida de la nacionalidad o desnacionalización. Si bien sus análisis sobre estas cuestiones suscitaron encendidos debates en la Comisión de Derecho Internacional, la mayoría de sus miembros compartió la conclusión del Relator Especial en el sentido de que no existían razones para que la Comisión elaborara proyectos de normas específicas sobre esas cuestiones, incluso con miras al desarrollo progresivo del derecho internacional², ya que el tema examinado era la expulsión de los extranjeros y no el régimen de la nacionalidad de las personas.

2. Cabe recordar, además, que el Grupo de Trabajo creado por la Comisión en su 60º período de sesiones, celebrado en 2008, para que examinara las cuestiones que planteaba la expulsión de personas con doble nacionalidad o nacionalidad múltiple y la desnacionalización en relación con la expulsión llegó a la conclusión de que: a) “en el comentario sobre el proyecto de artículos había que indicar que, a los efectos de los artículos, el principio de no expulsión de los nacionales se aplicaba también a las personas que habían adquirido legalmente otra nacionalidad u otras nacionalidades”; y b) había que “puntualizar en el comentario que los Estados no deberían recurrir a la privación de la nacionalidad para eludir las obligaciones que les incumbían en virtud del principio de no expulsión de los nacionales”. La Comisión aprobó esas conclusiones y pidió al Comité de Redacción que las tuviera en cuenta en sus trabajos³.

3. Durante el examen del informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 60º período de sesiones que hizo la Sexta Comisión en el sexagésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General, los representantes de los Estados expresaron opiniones variadas sobre el tema en general y sobre las cuestiones examinadas en el cuarto informe en particular. No obstante, de los debates se desprende que, en última instancia, la mayoría de las delegaciones que se pronunciaron sobre este tema comparte la opinión del Relator Especial en el sentido de que la Comisión no debería elaborar proyectos de artículo sobre las cuestiones de doble nacionalidad o nacionalidad múltiple y de pérdida de la nacionalidad y desnacionalización en relación con la expulsión⁴.

4. Por lo que respecta a las observaciones generales sobre el tema, su alcance, las definiciones propuestas por el Relator Especial y el derecho de expulsión y sus limitaciones, unos pocos Estados expresaron, ya desde un primer momento, sus dudas sobre la idoneidad del tema de la expulsión de los extranjeros para la

¹ A/CN.4/594.

² *Ibid.*, párr. 35.

³ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/63/10)*, párr. 171.

⁴ Véanse, en particular, las intervenciones de los representantes del Canadá (A/C.6/63/SR.20, párr. 34), Francia (A/C.6/63/SR.19, párr. 17), Grecia (A/C.6/63/SR.24, párr. 5), la República Islámica del Irán (A/C.6/63/SR.24, párr. 39), Israel (A/C.6/63/SR.24, párr. 77), Italia (A/C.6/63/SR.19, párr. 98), Nueva Zelanda (A/C.6/63/SR.22, párr. 9), los Países Bajos (A/C.6/63/SR.20, párr. 16), Qatar (A/C.6/63/SR.21, párr. 57) y el Reino Unido (A/C.6/63/SR.21, párr. 25).

codificación y el desarrollo progresivo⁵. Otros señalaron que aparentemente no había ninguna necesidad de codificar en determinadas esferas, como la de los trabajadores migrantes⁶. Por lo que respecta al alcance del tema, otros Estados indicaron que las cuestiones relativas a la no admisión, la extradición y otras formas de entrega de personas debían quedar excluidas de dicho alcance⁷, al igual que las expulsiones en situaciones de conflicto armado⁸ y las cuestiones relativas al estatuto de los refugiados, la no devolución y el desplazamiento de poblaciones⁹. Por lo que respecta a las definiciones, algunos Estados consideraron que el término “territorio” era vago¹⁰ o que no era necesario establecer una definición autónoma del término “comportamiento”¹¹. Otra delegación propuso que la Comisión precisara que el término “refugiado” debía definirse de acuerdo con las obligaciones de cada Estado en la materia¹². Diversos Estados subrayaron la necesidad de establecer un equilibrio entre el derecho soberano de los Estados a expulsar a los extranjeros y las limitaciones a ese derecho impuestas por el derecho internacional, en particular las normas relativas a la protección de los derechos humanos y el trato de los extranjeros¹³, y se afirmó, en ese sentido, que el derecho de expulsión llevaba aparejada la correspondiente obligación de los Estados de readmitir a sus propios nacionales¹⁴. Un Estado observó que la expulsión debía basarse en motivos legítimos, como el orden público o la seguridad nacional, tal como estuvieran definidos en las legislaciones nacionales¹⁵, y otro Estado indicó que en su opinión debía ser posible expulsar a los extranjeros en situación ilegal por ese único motivo¹⁶.

5. Como puede comprobarse, estos comentarios y observaciones de los Estados se refieren a cuestiones que ya han sido objeto de intensos debates en la Comisión. Gracias a esos debates, el Relator Especial ha podido hacer las aclaraciones y

⁵ Véanse las intervenciones de los representantes del Japón (A/C.6/63/SR.22, párr. 18) y el Reino Unido (A/C.6/63/SR.21, párr. 25).

⁶ Véase la intervención del representante de Dinamarca en nombre de los países nórdicos (A/C.6/63/SR.20, párr. 2).

⁷ Véase la intervención del representante de los Estados Unidos de América (A/C.6/63/SR.21, párr. 9).

⁸ Véanse las intervenciones de los representantes de los Estados Unidos de América (A/C.6/63/SR.21, párr. 9) e Israel (A/C.6/63/SR.24, párr. 76).

⁹ Véase la intervención del representante de Israel (A/C.6/63/SR.24, párr. 76).

¹⁰ Véanse las intervenciones de los representantes de los Estados Unidos de América (A/C.6/63/SR.21, párr. 12) e Israel (A/C.6/63/SR.24, párr. 76).

¹¹ Véase la intervención del representante de Israel (A/C.6/63/SR.24, párr. 76).

¹² Véase la intervención del representante de los Estados Unidos de América (A/C.6/63/SR.21, párr. 14). Curiosamente, ese mismo país sugirió que el proyecto de artículo 5 relativo a los refugiados respetara fielmente la redacción de la Convención de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (arts. 32 y 33) y tuviera en cuenta la distinción entre refugiados en situación legal y en situación ilegal (ibíd.).

¹³ Véanse las intervenciones de los representantes de Dinamarca en nombre de los países nórdicos (A/C.6/63/SR.20, párr. 3), el Japón (A/C.6/63/SR.22, párr. 18), Nueva Zelanda (A/C.6/63/SR.22, párr. 9), El Salvador (A/C.6/63/SR.23, párr. 48) y la República Islámica del Irán (A/C.6/63/SR.24, párr. 73).

¹⁴ Véase la intervención del representante de Dinamarca en nombre de los países nórdicos (A/C.6/63/SR.20, párr. 3).

¹⁵ Véase la intervención del representante de la República Islámica del Irán (A/C.6/63/SR.24, párr. 37).

¹⁶ Véase la intervención del representante de los Estados Unidos de América (A/C.6/63/SR.21, párr. 10).

precisiones necesarias y la Comisión ha podido definir una orientación general sobre el tema, que deberá ajustar a medida que vaya avanzando en su examen. Por consiguiente, el Relator Especial no volverá a analizar estas cuestiones, tanto más cuanto que la mayoría de las preocupaciones expresadas se tuvieron debidamente en cuenta en el segundo informe.

6. Por lo que se refiere, más concretamente, a las observaciones sobre las cuestiones relativas a la expulsión en caso de doble nacionalidad o nacionalidad múltiple y la desnacionalización seguida de la expulsión, objeto del cuarto informe, se han expresado diversas preocupaciones sobre distintos aspectos del análisis del Relator Especial. Un Estado expresó sus dudas sobre la conveniencia de incluir un proyecto de artículo sobre la no expulsión de los nacionales¹⁷. Otros Estados, sin embargo, subrayaron que el derecho internacional prohibía la expulsión de los nacionales¹⁸ y que el principio de no expulsión de los nacionales era un derecho humano fundamental reconocido por el derecho internacional consuetudinario¹⁹. Si bien algunos Estados consideraron que ese principio era de carácter absoluto²⁰, otros estimaron, en cambio, que podía ser objeto de ciertas excepciones en circunstancias excepcionales²¹; pero se sostuvo que cualquier excepción a ese principio debía concebirse de manera estricta y redactarse cuidadosamente²². Varios Estados respaldaron la conclusión de la Comisión de que el principio de no expulsión de los nacionales también se aplicaba a las personas que hubieran adquirido legalmente otra nacionalidad u otras nacionalidades²³; uno de ellos sugirió que este aspecto se reflejara expresamente en el proyecto de artículo 4²⁴ y otros propusieron que se aclarara en el comentario²⁵. En este sentido, se señaló que el criterio de la nacionalidad “efectiva” o “dominante” no podía justificar que un Estado tratara a uno de sus nacionales como un extranjero a efectos de una expulsión²⁶. No obstante, un Estado sostuvo la opinión contraria y señaló que el principio de no expulsión de los nacionales no era aplicable, por lo general, a las

¹⁷ Véase la intervención del representante del Reino Unido (A/C.6/63/SR.21, párr. 25).

¹⁸ Véanse, en particular, las intervenciones de los representantes de la República Checa (A/C.6/63/SR.19, párr. 93), Hungría (A/C.6/63/SR.20, párr. 30), la República Islámica del Irán (A/C.6/63/SR.24, párr. 37) e Israel (A/C.6/63/SR.24, párr. 76).

¹⁹ Véase la intervención del representante de Hungría (A/C.6/63/SR.20, párr. 30).

²⁰ Véanse las intervenciones de los representantes de la República de Corea (A/C.6/63/SR.19, párr. 65), la República Checa (A/C.6/63/SR.19, párr. 93), Portugal (A/C.6/63/SR.20, párr. 26), la República Islámica del Irán (intervención) y El Salvador (A/C.6/63/SR.23, párr. 49).

²¹ Véanse las intervenciones de los representantes de Rumania (A/C.6/63/SR.21, párr. 57) y Qatar (A/C.6/63/SR.24, párr. 77).

²² Véase la intervención del representante de Grecia (A/C.6/63/SR.24, párr. 4).

²³ Véanse las intervenciones de los representantes de Francia (A/C.6/63/SR.19, párr. 17), la República Checa (A/C.6/63/SR.19, párr. 93), los Países Bajos (A/C.6/63/SR.20, párr. 13), Portugal (A/C.6/63/SR.20, párr. 26), Hungría (A/C.6/63/SR.20, párr. 30), los Estados Unidos de América (A/C.6/63/SR.21, párr. 13), Polonia (A/C.6/63/SR.21, párr. 33), la Federación de Rusia (A/C.6/63/SR.21, párr. 43), Chile (A/C.6/63/SR.22, párr. 17), la India (A/C.6/63/SR.23, párr. 23), El Salvador (A/C.6/63/SR.23, párrs. 48 y 49), Grecia (A/C.6/63/SR.24, párr. 4) y la República Islámica del Irán (A/C.6/63/SR.24, párr. 38).

²⁴ Véase la intervención del representante de los Países Bajos (A/C.6/63/SR.20, párr. 16).

²⁵ Véanse las intervenciones de los representantes de Francia (A/C.6/63/SR.19, párr. 17) y Chile (A/C.6/63/SR.22, párr. 17).

²⁶ Véanse las intervenciones de los representantes de la República Checa (A/C.6/63/SR.19, párr. 93), los Países Bajos (A/C.6/63/SR.20, párr. 14), Portugal (A/C.6/63/SR.20, párr. 26), Grecia (A/C.6/63/SR.24, párr. 4) y la República Islámica del Irán (A/C.6/63/SR.24, párr. 38).

personas con doble nacionalidad o nacionalidad múltiple y que era necesario aclarar el concepto de nacionalidad “efectiva”²⁷.

7. Por lo que respecta a la posible relación entre la pérdida de la nacionalidad y la desnacionalización, por una parte, y la expulsión, por otra, algunos Estados hicieron hincapié en el derecho de toda persona a una nacionalidad y en su derecho a no ser privada arbitrariamente de su nacionalidad²⁸. Un Estado declaró que la desnacionalización estaba prohibida por el derecho internacional²⁹, mientras que otros opinaron que podía admitirse en ciertas circunstancias³⁰, siempre que, según precisaron algunas delegaciones, no provocara apatridia³¹, se realizara de conformidad con la legislación nacional³², no fuese discriminatoria³³ y no se recurriera a ella de manera arbitraria o abusiva³⁴. A este respecto, varios Estados estuvieron de acuerdo con la conclusión de la Comisión de Derecho Internacional según la cual los Estados no debían recurrir a la desnacionalización para eludir el principio de no expulsión de los nacionales³⁵, y se propuso que se incluyera un proyecto de artículo en ese sentido³⁶.

8. Tras recordar estas observaciones, procede ahora continuar con el examen de las normas que limitan el derecho de expulsión, iniciado en el tercer informe³⁷. Como se indicó en ese informe, el derecho de expulsión debe ejercerse respetando las *normas del derecho internacional*³⁸ que fijan sus límites. En el tercer informe se examinaron los límites relativos a las personas expulsadas. Así, se acotaron sucesivamente los principios de no expulsión de los nacionales, no expulsión de los refugiados, no expulsión de los apátridas y no expulsión colectiva.

9. En el presente informe se continuará con dicho examen, analizando, por un lado, los límites relativos a la necesidad de respetar los derechos fundamentales del ser humano en caso de expulsión y, por otro, ciertas prácticas prohibidas por el derecho internacional en materia de expulsión.

²⁷ Véase la intervención del representante de Cuba (A/C.6/63/SR.24, párr. 27).

²⁸ Véanse las intervenciones de los representantes de Portugal (A/C.6/63/SR.20, párr. 26) y Rumania (A/C.6/63/SR.21, párr. 57).

²⁹ Véase la intervención del representante de la República Islámica del Irán (A/C.6/63/SR.24, párr. 37).

³⁰ Véanse las intervenciones de los representantes de los Países Bajos (A/C.6/63/SR.20, párr. 15) e Israel (A/C.6/63/SR.24, párr. 76).

³¹ Véanse las intervenciones de los representantes de los Países Bajos (A/C.6/63/SR.20, párr. 15), Grecia (discurso) y Cuba (A/C.6/63/SR.24, párr. 27).

³² Véase la intervención del representante de Grecia (discurso).

³³ *Ibíd.*

³⁴ Véanse las intervenciones de los representantes de Grecia (discurso) e Israel (A/C.6/63/SR.24, párr. 76).

³⁵ Véanse las intervenciones de los representantes de Portugal (A/C.6/63/SR.20, párr. 26), los Estados Unidos de América (A/C.6/63/SR.21, párr. 13), Polonia (A/C.6/63/SR.21, párr. 33), la Federación de Rusia (A/C.6/63/SR.21, párr. 43), Chile (A/C.6/63/SR.22, párr. 11), la India (A/C.6/63/SR.23, párr. 23) y El Salvador (A/C.6/63/SR.23, párr. 48).

³⁶ Véase la intervención del representante de Italia (A/C.6/63/SR.19, párr. 98).

³⁷ A/CN.4/581.

³⁸ En sus informes anteriores, el Relator Especial hablaba de “normas fundamentales del derecho internacional”. Habida cuenta de la pertinencia de las observaciones realizadas dentro y fuera de la Comisión, el Relator Especial ha decidido suprimir el adjetivo “fundamental”, que restringe el alcance de las normas del derecho internacional pertinentes y puede, además, suscitar controversias en relación con las normas del derecho internacional que han de considerarse fundamentales y las que no.

Primera parte

Normas generales (*continuación*)

III. Principios generales

B. Un derecho que debe ejercerse respetando las normas del derecho internacional (*continuación de A/CN.581; título de la sección modificado*)

2. Límites relativos a la necesidad de respetar los derechos fundamentales del ser humano

a) Prolegómenos

i) *Protección de los derechos de todos los seres humanos*

10. Toda persona sujeta a una expulsión, cualesquiera que sean los motivos, es un ser humano que, como tal, debe seguir disfrutando de todos sus derechos fundamentales. Esa persona goza de los mismos atributos y aspira a las mismas libertades con independencia de su raza, etnia, sexo, creencias o nacionalidad; es lo que se ha denominado “la identidad universal del ser humano”³⁹. La posición central del ser humano en la ética internacional ha hecho que la protección de esos derechos fundamentales sea una de las principales preocupaciones del derecho internacional contemporáneo. Como es sabido, esta protección ya no se deja al arbitrio de los Estados al amparo de la doctrina de los ámbitos reservados, que se basaba en una improbable soberanía absoluta del Estado. Es tanto más necesario proteger a la persona que un Estado ha decidido expulsar cuanto que dicha persona es vulnerable por su condición de extranjera y por la perspectiva de su expulsión. Dicha persona goza de esa protección en virtud del derecho internacional y la legislación del Estado que la expulsa, con independencia de su situación jurídica o de las condiciones en que haya entrado en el territorio del Estado en cuestión, es decir, ya sea un extranjero en situación legal o ilegal (los nacionales quedan excluidos en virtud del principio de no expulsión por un Estado de sus propios nacionales).

11. Esta protección idéntica de todos los seres humanos es la piedra angular de todos los sistemas de protección de los derechos humanos, y se desprende tanto de los textos fundamentales de carácter universal como de los instrumentos jurídicos regionales. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948⁴⁰ proclama, al comienzo mismo de su preámbulo, que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Más concretamente, el artículo 2 de esta carta fundacional establece, en términos que procede recordar *in extenso*, que:

“1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión,

³⁹ Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public*, 7ª ed., París, Dalloz, 2004, pág. 208.

⁴⁰ Los textos de los instrumentos jurídicos que se citan en el presente informe están publicados en *Derechos humanos: Recopilación de instrumentos internacionales, volúmenes I y II (primera parte). Instrumentos de carácter universal*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2002.

opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.”

12. En ese mismo sentido, las Altas Partes Contratantes del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (en adelante, el Convenio Europeo de Derechos Humanos), reconocen en el artículo 1, de carácter introductorio y que, significativamente, lleva por título “Obligación de respetar los derechos humanos”, “a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I de [ese] Convenio”. Esta disposición no sólo recuerda la obligación general de respetar los derechos humanos, sino que incorpora dicha obligación al derecho interno al garantizar el disfrute de los derechos y libertades enunciados en el Convenio a toda persona dependiente de su jurisdicción⁴¹. En ese mismo sentido, el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969 (denominada “Pacto de San José de Costa Rica”), que lleva por título “Obligación de respetar los derechos”, establece, en su párrafo primero, que “los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Con una redacción diferente, repartida entre los artículos 1 y 2, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos establece que “todo individuo tendrá derecho al disfrute de los derechos y libertades reconocidos y garantizados en la presente Carta sin distinción de ningún tipo, como raza, grupo étnico, color, sexo, lengua, religión, opinión política o de otra índole, origen social y nacional, fortuna, nacimiento u otra condición”; y los Estados miembros de la Organización de la Unidad Africana, que son partes automáticamente en la Carta, “reconocerán los derechos, deberes y libertades contemplados en esta Carta y se comprometerán a adoptar medidas legislativas o de otra índole con el fin de llevarlos a efecto”. La protección de los derechos y las libertades es muy amplia y global, y la obligación de los Estados es, al mismo tiempo, precisa y de gran alcance.

13. De esos instrumentos jurídicos se deriva un principio de no discriminación entre los beneficiarios de los derechos y libertades enunciados, principio que se expresa de manera diferente según se trate de instrumentos de carácter universal o de instrumentos regionales. Los primeros se aplican a todos los seres humanos, con independencia del lugar en que se encuentren o de su procedencia. En los segundos, la referencia a las personas “bajo la jurisdicción” del Estado, en particular en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, parece limitar el número de beneficiarios de los derechos y libertades establecidos en el Convenio, de modo que el principio de universalidad se mantiene aquí *ratione personae* pero no *ratione loci*: toda

⁴¹ Véase Juan Antonio Carrillo Salcedo, comentario del artículo 1, en L.-E. Pettiti, E. Decaux y P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, París, Economica, 1999, pág. 135.

persona, sin distinción de situación jurídica o condición, disfruta de los derechos y libertades definidos en los instrumentos jurídicos regionales en cuestión.

14. Así, la condición de nacional no confiere más derechos que la de extranjero. Asimismo, la condición de extranjero no coloca a la persona en una situación de inferioridad en relación con la protección que confieren los derechos humanos. Es más: ni siquiera la ilegalidad de la estancia de una persona en el territorio de un Estado puede ser motivo para menoscabar sus derechos fundamentales, incluso en el marco de un procedimiento de expulsión. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos recordó, en su sentencia *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*⁴², que la competencia soberana de los Estados para controlar las fronteras, el acceso al territorio y la estancia de los extranjeros debe ejercerse respetando los compromisos internacionales contraídos, entre ellos el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículos 3, 5 y 8) y la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 noviembre de 1989 (artículos 3, 10 y 37): en otras palabras, respetando los derechos fundamentales de los extranjeros y, en particular, de los niños. Según el Tribunal, “la preocupación de los Estados por frustrar los intentos de eludir las restricciones a la inmigración no debe privar a los extranjeros de la protección otorgada por las convenciones, como tampoco debe privar a los menores extranjeros, en especial si no están acompañados, de la protección que se deriva de su condición”⁴³.

15. La protección de los derechos de los extranjeros ha sido motivo de especial preocupación para la Asamblea General desde el decenio de 1970. Se creó una subcomisión para analizar esta cuestión, que concluyó su labor en 1977⁴⁴, y sobre la base de esos resultados la Asamblea General aprobó por consenso, el 13 de diciembre de 1985, la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven⁴⁵. La Declaración abarca a todas las personas en cuestión y obliga a que se respeten los derechos fundamentales de los extranjeros, a saber: el derecho a la vida; el derecho a la intimidad; la igualdad ante los tribunales; la libertad de opinión y de religión; y el respeto del idioma, la cultura y las tradiciones⁴⁶. Además, la Declaración prohíbe la expulsión individual o colectiva por motivos discriminatorios⁴⁷ y contempla los derechos sindicales y el derecho a condiciones de trabajo saludables y libres de peligros, así como el derecho a protección médica, seguridad social y educación⁴⁸. Sin embargo, la Declaración es bastante genérica en cuanto al alcance de los derechos protegidos. Así pues, es preciso ahondar en el análisis para tratar de extraer, a través de los instrumentos internacionales de derechos humanos y la práctica judicial de los órganos universales y regionales de control, e incluso de los tribunales nacionales, las

⁴² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda No. 13178/03, sentencia de 12 de octubre de 2006.

⁴³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 12 de octubre de 2006, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, párr. 81.

⁴⁴ Con un estudio de la Baronesa Elles: véase Baroness Elles, *The Problem of the Applicability of Existing International Provisions for the Protection of Human Rights to Individuals Who Are Not Citizens of the Country in Which They Live* (E/CN.4/Sub.2/392).

⁴⁵ Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, resolución 40/144 de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 1985.

⁴⁶ *Ibid.*, art. 5.

⁴⁷ *Ibid.*, art. 7.

⁴⁸ *Ibid.*, art. 8.

normas específicas de derechos humanos que han de respetarse en caso de expulsión.

ii) *Concepto de “derechos fundamentales”*

16. Debe determinarse si el extranjero en vías de expulsión puede aspirar a disfrutar de todos los derechos del ser humano o si su condición específica exige que en ese caso sólo se garanticen sus derechos fundamentales.

17. En opinión del Relator Especial, no es realista imponer que una persona en vías de expulsión deba disfrutar de todos los derechos humanos garantizados por los instrumentos internacionales y la legislación nacional del Estado que la expulsa. En efecto, ¿cómo se podría garantizar durante el proceso de expulsión, por ejemplo, el derecho a la educación, la libertad de reunión y de asociación, la libertad de empresa, la libertad profesional y el derecho a trabajar, el derecho a casarse y el derecho a fundar una familia, u otros? Parece más acorde con la realidad y la práctica de los Estados circunscribir los derechos garantizados durante la expulsión a los derechos fundamentales del ser humano.

18. Aunque este concepto de derechos fundamentales forma parte del lenguaje jurídico, su significado es especialmente confuso debido al empleo de otros conceptos que se consideran cercanos o equivalentes. Así, puede comprobarse que en la doctrina jurídica se utilizan indistintamente los conceptos de derechos humanos, libertades públicas, libertades fundamentales, derechos y libertades fundamentales y principios fundamentales, sin que esté claro que se refieran a una misma realidad jurídica⁴⁹.

19. El concepto de derechos fundamentales tiene varios significados en el derecho interno. En primer lugar, algunos derechos son fundamentales en razón del lugar que ocupan en la jerarquía normativa. Se consideran fundamentales los derechos y libertades protegidos a nivel constitucional⁵⁰. Se ha asegurado incluso que los derechos fundamentales son constitucionales “en esencia”⁵¹, lo que los distingue de la categoría más amplia de las libertades públicas. En segundo lugar, los derechos fundamentales serían los que se expresan o están reconocidos en las normas superiores de un ordenamiento jurídico determinado o los que son esenciales para la existencia y el contenido de otros derechos de ese ordenamiento⁵².

20. Ambas concepciones extraen los elementos de definición de los derechos humanos del ordenamiento jurídico y se exponen así a las contingencias de la construcción jurídica, a la arbitrariedad del legislador. Pues bien, la cuestión de la contingencia de los derechos fundamentales es objeto de una importante controversia. Según ciertos autores, estos derechos son superiores al ordenamiento jurídico porque expresan valores que lo

⁴⁹ Véase Jean-Marie Tchakoua, *Dignité et droits fondamentaux des salariés. Réflexion à partir des droits camerounais et français*, Tesis, Derecho, Universidad de Yaundé II, 1999, pág. 5.

⁵⁰ Véase Louis Favoreu, “Rapport introductif”, coloquio sobre “La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe” (19 a 21 de febrero de 1981), *Revue internationale de droit constitutionnel*, 1981, pág. 671.

⁵¹ Véase Bruno Genevois, “Norme de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux”, *Revue française de droit administratif*, 1990, pág. 317.

⁵² Laurent Marcoux, “Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté Economique Européenne”, *Revue internationale de droit constitutionnel*, 1984, pág. 691.

sobrepasan⁵³. Esta posición recuerda la idea del derecho natural, continuamente enterrada y constantemente resucitada⁵⁴. A esta concepción se oponen los que piensan que “la existencia de normas supraconstitucionales en el derecho interno es una imposibilidad ‘cuasi-ontológica’, ... una imposibilidad absoluta”⁵⁵, en particular porque tal existencia privaría al pueblo de su soberanía (legislativa). El Consejo Constitucional francés comparte este análisis⁵⁶, aunque un examen minucioso de su terminología⁵⁷ sugiere que, quizá sin ser siempre consciente de ello, el Consejo reproduce la terminología de la Constitución y se limita a “constatar” normas (pre)existentes, más que aplicar normas creadas por las autoridades dotadas de capacidad normativa. Se entiende así que el Tribunal Constitucional alemán haya afirmado, por su lado, que la sustancia de los derechos fundamentales queda fuera del alcance del poder constituyente, incluso del originario⁵⁸. Esta posición puede equipararse a la sostenida por el Tribunal Constitucional italiano en una de sus sentencias, en que afirmó expresamente que:

“La Constitución italiana contiene algunos principios supremos cuyo contenido esencial no puede eliminarse ni modificarse, ni siquiera mediante una ley de reforma constitucional u otras leyes constitucionales.”⁵⁹

21. Este debate, ya clásico, entre los defensores del positivismo jurídico y los defensores del derecho natural no es ni mucho menos ajeno al ámbito del derecho internacional relativo a los derechos humanos. Sin embargo, en este ámbito nunca ha sido tan agrio y, como se verá, a pesar de ciertas reticencias finalmente se ha impuesto la idea de que existe una categoría intangible de derechos humanos.

22. El enfoque basado en el concepto de derechos fundamentales no carece de obstáculos, pues ha de determinarse qué ha de entenderse por “derechos fundamentales”. La terminología está bien asentada en la doctrina que ha defendido ese enfoque, si bien es imposible hallar en esa doctrina una definición precisa del concepto⁶⁰. Asimismo, el adjetivo “fundamental” figura en ocasiones en los títulos

⁵³ Véase, en particular, Jean-Pierre Laborde: “Conclusion” de las IV Jornadas franco-españolas de derecho del trabajo comparado (12 a 14 de mayo de 1994) sobre el tema “Les principes et droits fondamentaux en matière sociale en Espagne et en France”, *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 1994, No. 2, págs. 119 y 120.

⁵⁴ Véase P. Kayser, “Essai de contribution au droit naturel à l’approche du troisième millénaire”, *Revue de la Recherche Juridique*, 1998-2, pág. 287.

⁵⁵ Véase Bertrand Mathieu, “La supra-constitutionnalité existe-t-elle? Réflexions sur un mythe et quelques réalités”, *Les Petites Affiches*, 1995, No. 29, pág. 12.

⁵⁶ Véase, por ejemplo, la decisión No. 92-312 DC, de 2 de septiembre de 1992, *Recueil*, pág. 94.

⁵⁷ La Constitución francesa de 1958, al igual que las de otros países, utiliza los verbos “reconocer” y “proclamar” al enunciar los derechos fundamentales. Pues bien, esos dos verbos en modo alguno expresan la idea de creación (normativa), ya que según los diccionarios más comunes de la lengua francesa (*Petit Robert, Larousse*), “proclamar” significa “publicar o reconocer oficialmente mediante un acto” y “reconocer” quiere decir “admitir como cierto o real”, “constatar, descubrir”.

⁵⁸ Véase la decisión de 23 de abril de 1991.

⁵⁹ Sentencia citada por Louis Favoreu y Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 9ª ed., París, Dalloz, pág. 826.

⁶⁰ El motor de búsqueda “Google” arroja varios miles de referencias sobre “derechos fundamentales”. Véase, a título meramente indicativo, la revista electrónica *Droits fondamentaux* (www.droits-fondamentaux.org), No. 1, julio-diciembre de 2001. En el editorial de ese primer número, firmado por el Profesor Emmanuel Decaux, la expresión se utiliza una sola vez: “Hoy en día, al igual que en el pasado, los derechos fundamentales siguen siendo un desafío”. Pero no se ofrece ninguna explicación sobre el sentido de este concepto ni sobre su

de ciertos instrumentos internacionales. Por ejemplo, en el Convenio Europeo antes citado, para la “Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”, y sus once protocolos; en la “Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos”⁶¹; o en los “Principios básicos para el tratamiento de los reclusos”⁶².

23. El concepto de “derechos fundamentales” del ser humano recuerda vagamente a la teoría de los “derechos fundamentales de los Estados” que surgió en el siglo XVIII en el pensamiento jurídico de Emmerich de Vattel⁶³. El concepto de derechos fundamentales de los Estados, que procede directamente de la teoría de los derechos y deberes perfectos de los Estados de Vattel, fue sistematizado en el siglo XIX por autores como el diplomático latinoamericano Carlos Calvo⁶⁴, el universitario francés Antoine Pillet⁶⁵ o el juez inglés Robert Philimore⁶⁶. Esta teoría se basa en la idea de que los Estados, por el mero hecho de existir, son titulares de derechos inherentes, permanentes y fundamentales en sus relaciones con los demás. Estos derechos, que son el fundamento del derecho de gentes y de las relaciones internacionales en su conjunto, tanto en tiempos de paz como de guerra, deben ser obligatoriamente respetados por todos los Estados; correlativamente, la vulneración de esos derechos justificará el recurso a la fuerza. El contenido de estos derechos fundamentales de los Estados varía según los autores, pero por lo general comprende lo que en esa época se denominaba el “derecho de conservación”, el derecho al respeto de la soberanía, al comercio y a la igualdad. La doctrina de la época consideraba que esos derechos fundamentales de los Estados derivaban del derecho natural. Pero esta teoría fue abandonada bajo la profunda y duradera influencia del positivismo en el pensamiento jurídico internacional⁶⁷.

24. No es posible aplicar mecánicamente esta teoría en el ámbito de los derechos humanos. Pero es obvio que en uno y otro caso prevalece la idea de que existe un

elección: “Los derechos universales e indivisibles proclamados en 1945 por la Carta de las Naciones Unidas (...) no deben quedarse en una mera declaración de intenciones”: ésta es la única frase que sugiere vagamente lo que podría entenderse; Rémy Cabrillac, Marie-Anne Frison-Roche, Thierry Revet y Christophe Albigès, *Libertés et droits fondamentaux*, 14ª ed., París, Dalloz, 2008; Jean-Marie Pontier, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, 3ª ed., París, Hachette Supérieur, 2007; Mireille Delmas-Marty y Claude Lucas de Leyssac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 2ª ed., París, Seuil, 2002; Gérard Couturier, Mireille Delmas-Marty y Claude Lucas de Leyssac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, París, Seuil, 1996; Jacques Fialaire y Eric Mondielli, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, París, Ellipses, 2005; véase también, en particular, Jean-Yves Carlier “Et Geneva sera ... La définition du réfugié : Bilan et perspectives” en *La convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après: Bilan et perspectives*, Bruselas, Bruylant, 2001, que habla de la “contextualización de los derechos fundamentales” (pág. 79).

⁶¹ Aprobada por la Asamblea General mediante resolución 53/144, de 9 de diciembre de 1998.

⁶² Aprobados y proclamados por la Asamblea General mediante resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990 [En inglés: *Basic principles ...*; en francés: *Principes fondamentaux ...*].

⁶³ Véase E. de Vattel, *Le Droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, 1758.

⁶⁴ Véase Carlos Calvo, *Droit international théorique et pratique*, 1870.

⁶⁵ Véase Antoine Pillet, “Recherche sur les droits fondamentaux des Etats dans l’ordre des rapports internationaux...”, *Revue Générale de Droit International Public*, 1898.

⁶⁶ Véase Robert Philimore, *Commentaries upon International Law*, 1854-1861.

⁶⁷ Para una síntesis reciente de esta teoría, véase Denis Alland (dir.), *Droit international public*, París, PUF (coll. Droit fondamental), 2000, págs. 78 y 79.

conjunto de derechos esenciales para la existencia misma del Estado y de la persona. Por lo demás, es la propia Carta de las Naciones Unidas la que introduce formalmente el concepto de “derechos fundamentales” del ser humano al “reafirmar la fe” de los “pueblos de las Naciones Unidas” “en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres (...)”⁶⁸. Esta expresión también figura en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establecen, en el párrafo 2 de sus respectivos artículos 5, que “no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los *derechos humanos fundamentales* reconocidos o vigentes” en un Estado parte⁶⁹. La Carta de las Naciones Unidas indica, por otra parte, que uno de los propósitos de las Naciones Unidas es realizar la “cooperación internacional”, en particular en el “estímulo del respeto a los derechos humanos y a las *libertades fundamentales* de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”⁷⁰. La expresión “derechos humanos y libertades fundamentales” también figura en el apartado c) del Artículo 55 de la Carta⁷¹.

25. Como puede comprobarse, el vocabulario varía un poco: a veces se habla de “los derechos fundamentales” y otras de “los derechos humanos y las libertades fundamentales”; en este último caso queda claro que el adjetivo “fundamentales” se refiere a las “libertades” y no a los derechos. Cabe señalar que la expresión “derechos fundamentales” no se menciona ni en el párrafo 3 del Artículo 1 ni en el apartado c) del Artículo 55 de la Carta. Al margen de esta constatación, los comentaristas del preámbulo de la Carta no hacen la menor observación al respecto ni extraen ninguna conclusión⁷². Sin embargo, no puede decirse que ambas expresiones sean sinónimas. El paso de los “derechos humanos fundamentales” a “los derechos humanos y las libertades fundamentales” ¿refleja la voluntad de los redactores de la Carta de circunscribir el ámbito de las normas fundamentales pertinentes únicamente a las libertades?

26. No hay ningún elemento que permita extraer esa conclusión. En realidad, ningún instrumento internacional dota de contenido al concepto de “derechos fundamentales” o incluso al de “libertades fundamentales” que figura, como se ha señalado, en el título de varias convenciones internacionales. Cabría esperar que la Comisión o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hubieran aclarado estos aspectos, al menos por lo que se refiere a las “libertades fundamentales” mencionadas en el Convenio Europeo de 1950. Es cierto que la Comisión y el Tribunal han señalado, explícita o implícitamente, que el párrafo quinto del preámbulo de este Convenio refleja una de sus características esenciales, a saber, “un justo equilibrio entre la protección del interés general de la comunidad y el respeto de los derechos humanos fundamentales, al tiempo que atribuye un valor

⁶⁸ Preámbulo de la Carta.

⁶⁹ Sin cursiva en el original.

⁷⁰ Artículo 1, párrafo 3, de la Carta. Sin cursiva en el original.

⁷¹ Sin afán de exhaustividad, también se mencionan en el punto 15 de la Declaración y Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena el 25 de junio de 1993.

⁷² Véase el comentario de J.-P. Cot y A. Pellet en J.-P. Cot, A. Pellet y M. Forteau (dir.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 3ª ed., I, París, Economica, 2005, pág. 290.

especial a estos últimos”⁷³. Aunque se titule expresamente “Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”⁷⁴, el instrumento aprobado el 7 de diciembre de 2000 en la Cumbre de Niza por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea no sirve de ayuda para resolver la cuestión de la definición del concepto de derechos fundamentales: no hay ningún elemento en el preámbulo ni en la parte dispositiva que aclare lo más mínimo su significado. Sería perfectamente posible llegar a la conclusión de que todos los derechos establecidos en los 54 artículos de la Carta son derechos fundamentales a efectos de ese texto. El título del instrumento así lo permite. Pero, ¿es ésa la intención real de sus autores?

27. En su sentencia dictada en la causa *Golder*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos siguió un razonamiento que podría ayudar a determinar el contenido del concepto de derechos fundamentales. El Tribunal no rechazó la observación del Gobierno británico según la cual los autores del Convenio Europeo de Derechos Humanos habían adoptado un “enfoque selectivo: el Convenio no pretendía proteger los derechos humanos en general, sino únicamente ‘algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal’”⁷⁵. Sobre esta base, cabría razonar de la siguiente manera: así como cada instrumento internacional de derechos humanos se centra en un aspecto particular de los derechos humanos (derechos del niño, derechos de la mujer, derechos de los trabajadores migrantes, esclavitud, etc.) o únicamente en ciertos derechos y libertades, es fácil convenir en que no se pueden ejercer todos los derechos humanos al mismo tiempo y todo el tiempo. El abanico de derechos fundamentales puede variar según la condición de las personas y la situación en que se encuentren; no obstante, esa variación debe girar en torno a un “núcleo duro” considerado intangible. Los juristas rara vez abordan directamente esta cuestión.

iii) *Derechos fundamentales y “núcleo intangible” o “inderogable” de derechos humanos*

a. Definición

28. Carecemos de una definición jurídica del concepto de derechos humanos fundamentales. En algunos de los usos de ese concepto que hace la doctrina, parece confundirse con el de derechos humanos a secas⁷⁶ y hace referencia entonces al conjunto de derechos y libertades de las personas reconocidos por las constituciones nacionales y las convenciones internacionales y protegidos por los órganos nacionales e internacionales competentes. En el marco del presente informe y de los informes posteriores, la expresión “derechos fundamentales” se empleará como sinónimo de “núcleo duro” de derechos humanos.

⁷³ *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l’enseignement en Belgique*, sentencia de 23 de julio de 1968 (sobre el fondo), Serie A No. 6, párr. 5; véase también la sentencia *Soering*, de 7 de julio de 1989, Serie A No. 161, párr. 87; y Théo Van Boven, “Convention de sauvegarde des droits et libertés fondamentales”, comentario sobre el preámbulo, en L.-E. Pettiti, E. Decaux y P.-H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l’homme. Commentaire article par article* (nota 41 *supra*), pág. 130.

⁷⁴ Véase *Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 364*, de 18 de diciembre de 2000, pág. 1.

⁷⁵ Sentencia de 21 de febrero de 1975, Serie A No. 18, párr. 34.

⁷⁶ Cuando se habla, por ejemplo, de la revista electrónica *Droits fondamentaux* o de la red de investigadores “Droits fondamentaux” se hace referencia, ni más ni menos, que a los derechos humanos en su conjunto y sin excepción. Así ocurre en las numerosas obras dedicadas a las “libertades y derechos fundamentales”, algunas de las cuales se citan en la nota 60 *supra*.

29. Según la doctrina académica, el establecimiento de cierta jerarquía entre los derechos humanos permite garantizar mejor un núcleo de esos derechos, que a juicio de la comunidad internacional es fundamental. Este concepto de “núcleo duro” se emplea tanto en el derecho internacional relativo a los derechos humanos como en el derecho internacional humanitario para designar “un conjunto de derechos que no admite ninguna excepción. Su lista varía según las convenciones, pero coinciden en un pequeño número que constituye un conjunto mínimo destinado a proteger la integridad y la seguridad de la persona. También se los denomina derechos intangibles, y se habla entonces de núcleo intangible (...)”⁷⁷. En ese mismo sentido, otro autor afirma que “se ha dotado a ciertas normas de una fuerza particular y de un reconocimiento consuetudinario. Forman el ‘núcleo duro’ de derechos humanos. Este núcleo comprende (...) los derechos denominados *intangibles*, que no admiten ninguna excepción, ni siquiera en caso de guerra”⁷⁸. Otro autor llega a la conclusión de que “en cualquier caso, existe un núcleo duro dentro de los derechos humanos que garantizan el respeto de la dignidad y la integridad física del ser humano que es exigible en todo momento a cualquier autoridad. Se trata en realidad de la garantía de los valores en que se funda la civilización de lo universal, lo que el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998) denomina ‘el patrimonio común de todas las culturas, un delicado mosaico que puede romperse en cualquier momento’”⁷⁹.

30. Sin embargo, la idea de un núcleo duro de derechos que no admiten excepción no está exento de toda crítica. La objeción que se formula tradicionalmente es que con ello se establece una jerarquía entre los derechos humanos que vulnera el principio de indivisibilidad de esos derechos. Pero también se considera que es una idea de “carácter subjetivo, evolutivo, cuando no contingente, lo que va precisamente en contra de la universalidad”⁸⁰, o incluso que sanciona una situación de hecho interestatal y, por consiguiente, “no hace más que expresar un prejuicio positivista”⁸¹.

31. Esa crítica parece más ideológica que jurídica o técnica. Se basa en los principios de universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos, que encarnan la idea improbable de que todos los derechos tienen igual importancia y el mismo estatuto jurídico. Como se ha observado con acierto, la idea del núcleo duro es “una

⁷⁷ Alain Le Guyader, “La question philosophique d’un noyau dur des droits de l’homme”, en Denis Maugenest y Paul-Gérard Pougoué (dir.), *Les droits de l’homme en Afrique centrale*, París, Karthala, 1995, pág. 249. El filósofo se aparta sin embargo de esta acepción, que califica de “estrictamente jurídica”, y enriquece el debate sobre este concepto con reflexiones filosóficas. Huelga decir que el Relator Especial se ceñirá a la acepción jurídica.

⁷⁸ Gérard Cohen-Jonathan, “Les droits de l’homme, une valeur internationalisée”, *Droits fondamentaux*, No. 1, julio-diciembre de 2001, pág. 159, revista electrónica publicada en www.droits-fondamentaux.org.

⁷⁹ Mohamed Bennouna, comunicación presentada en el coloquio organizado en la Sorbona por la Comisión nacional consultiva de derechos humanos de Francia con ocasión del 50º aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos: *La Déclaration universelle des droits de l’homme 1948-1988. Avenir d’un idéal commun*, París, La Documentation française, 1999, pág. 245.

⁸⁰ P.-M. Dupuy, *Droit international public* (nota 39 *supra*), pág. 225.

⁸¹ A. Le Guyader, “La question philosophique d’un noyau dur des droits de l’homme” (nota 77 *supra*), pág. 254.

respuesta a la proliferación individualista de derechos que puede poner en peligro la idea de los derechos humanos”⁸².

32. A diferencia de lo que podría sugerir en un primer momento, esta idea permite hacer frente al relativismo cultural que justifica las excepciones a las normas universales, o incluso su menoscabo, y cuestiona la universalidad en materia de derechos humanos. En efecto, desde ese punto de vista lo universal se presenta como un núcleo duro⁸³. El problema crucial es acotar un criterio de identificación operativo que permita definir el contenido del núcleo duro. El Profesor Frédéric Sudre ha proporcionado aclaraciones útiles sobre esta cuestión. Según este autor, “un núcleo duro implica necesariamente un ‘envoltorio blando’ y conduce a trazar una línea de separación entre derechos fundamentales y otros que lo son menos, entre derechos prioritarios y otros que son secundarios, entre derechos de primer orden y otros de segundo orden. En resumidas cuentas, la hipótesis de un ‘núcleo duro’ plantea ineludiblemente la cuestión, en el ámbito jurídico, de la jerarquía de los derechos humanos”⁸⁴.

33. Gran parte de la doctrina considera este enfoque estremecedor y, en todo caso, blasfemo, ya que contradice directamente los principios fundadores de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos⁸⁵.

34. Sin embargo, la idea de que puede haber un núcleo duro de derechos humanos no es infundada desde el punto de vista estrictamente jurídico. En efecto, más allá del discurso filosófico o de un enfoque ideológico y esencialmente moral de la cuestión, ha de admitirse que “el derecho relativo a los derechos humanos no protege todos los derechos de la misma manera”. Si no se confunden *lex ferenda* y *lex lata*, como ocurre a menudo en algunos discursos militantes sobre los derechos humanos, puede comprobarse que las normas de derechos humanos “no establecen el mismo régimen jurídico para todos los derechos proclamados, y es posible acordar un principio de aplicación acumulativa y complementaria de los derechos proclamados”⁸⁶.

35. Si se acepta la utilidad tanto jurídica como práctica del núcleo duro, ¿cuáles son los criterios de identificación que habría que establecer?

36. El concepto de *jus cogens* no es un criterio satisfactorio⁸⁷. Por una parte, a pesar de que está consagrado tanto a nivel convencional como jurisprudencial, sigue siendo controvertido debido a la indeterminación de su contenido. Por otra parte, es un concepto que, en el ámbito de los derechos humanos, es objeto de interpretaciones opuestas: una interpretación amplia que considera que los derechos humanos en general forman parte del *jus cogens*, como sugieren los proyectos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y de código de crímenes contra la paz y la seguridad de

⁸² *Ibid.*, pág. 255.

⁸³ *Ibid.*, pág. 266.

⁸⁴ Frédéric Sudre, “Quel noyau intangible des droits de l’homme ?”, en D. Maugenest y P.-G. Pougoué (dir.), *Les droits de l’homme en Afrique centrale*, París, Karthala, 1995, pág. 271.

⁸⁵ Véase, por ejemplo, P. Meyer-Bisch, “Le problème des limitations du noyau intangible des droits de l’Homme”, en P. Meyer-Bisch (dir.), *Le noyau intangible des droits de l’Homme*, Fribourg, Editions universitaires, 1991, pág. 101.

⁸⁶ F. Sudre (nota 84 *supra*), pág. 271.

⁸⁷ *Ibid.*, pág. 272; del mismo autor, *Droit international et européen des droits de l’Homme*, 2ª ed. París, PUF, 1995, No. 42-44.

la humanidad; y una interpretación restrictiva, según la cual sólo forman parte de ese concepto algunos derechos humanos. El Profesor Sudre señala que el examen de las convenciones internacionales de derechos humanos pone de manifiesto, con la única excepción de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que existe un “desdoblamiento del régimen jurídico de los derechos humanos”: algunos derechos que este autor denomina “*derechos condicionales*”⁸⁸ “pueden ser objeto de restricciones o excepciones y, por tanto, su aplicación puede ser imperfecta o pueden dejar de aplicarse temporalmente; por el contrario, otros derechos (los *derechos intangibles*) no pueden ser objeto de esas limitaciones: son derechos absolutos, aplicables a todas las personas en todo momento y lugar”⁸⁹.

37. El criterio operativo para identificar el núcleo duro de derechos humanos es, por tanto, la *intangibilidad* de los derechos en cuestión. No se puede negar que este concepto de “núcleo duro” o “intangible” establece cierta jerarquía entre los derechos humanos. Pero se trata, ciertamente, de una jerarquía de hecho que se deriva del análisis de los instrumentos jurídicos internacionales, más que de una norma formal: se puede comprobar, en efecto, que los principales tratados de protección de los derechos humanos contienen un núcleo duro de derechos intangibles que gozan de una protección absoluta, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 15), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 27, párrafo 2), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 4, párrafo 2), siendo la única excepción la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

38. En esta idea de “núcleo duro” de derechos humanos subyacen los derechos llamados universales: “la cuestión del ‘núcleo duro’ plantea la existencia de un fondo común irreductible de derechos humanos sobre el que habría un acuerdo generalizado, si se admite implícitamente que existen diversas concepciones en materia de derechos humanos (...)”⁹⁰. Y desde el punto de vista de la aplicación de los derechos humanos, la idea del núcleo duro es una consecuencia pragmática del hecho de que muchos Estados hacen caso omiso de la lista de derechos humanos, en continua evolución, o la consideran una mera declaración de principio y que, por tanto, conviene “asegurar que se garantice un mínimo indispensable, una suerte de estándar por debajo del cual no cabría hablar de derechos humanos”⁹¹.

b. Contenido

39. Dentro del conjunto de los derechos humanos deben acotarse aquellos que constituyen el núcleo duro. La determinación del contenido de ese núcleo duro no es exactamente igual de un autor a otro.

40. De manera general, se considera que los derechos fundamentales que integran el “núcleo duro” de derechos humanos son el derecho a la vida y la prohibición de la tortura, las penas y tratos inhumanos, la esclavitud y la servidumbre. Algunos autores añaden los principios de igualdad y no retroactividad de la ley. Pero este contenido puede variar en el tiempo e incluso en el espacio. Cabe señalar, a este respecto, que el Protocolo No. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos,

⁸⁸ F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, 2ª ed., París, PUF, 1995, No. 120.

⁸⁹ F. Sudre, “Quel noyau intangible des droits de l'Homme?” (nota 84 *supra*), pág. 272.

⁹⁰ *Ibíd.*, pág. 267.

⁹¹ *Ibíd.*

aprobado el 22 de noviembre de 1984, añade un nuevo derecho a la lista de derechos intangibles que figura en el Convenio Europeo de 1950: el principio *non bis in idem* (artículo 4). En ese mismo sentido, se ha señalado que la lista de los derechos que integran el “núcleo duro” no es la misma de un continente a otro. Si bien la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos no contiene derechos que no admiten excepción, el número de esos derechos asciende a cinco en Europa, once en América y siete en el plano universal⁹².

41. El Profesor Cohen-Jonathan propone una lista aún más amplia. En su opinión, de la comparación entre el párrafo 2 del artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el párrafo 2 del artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se desprende que el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y de los tratos o penas inhumanos o degradantes y la prohibición de la esclavitud son derechos llamados intangibles, lo que corresponde aproximadamente al tenor del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra⁹³. Pero añade que, según la jurisprudencia internacional, ha de agregarse la prohibición de la denegación flagrante de justicia y la detención arbitraria. Es más, el autor estima que también ha de incluirse en esa lista la prohibición de discriminación contra la mujer y por motivos de raza, que se menciona específicamente en el apartado c) del Artículo 55 de la Carta de las Naciones Unidas, sin olvidar la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, que también es considerada un derecho intangible por el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹⁴.

42. A la vista de lo anterior, se plantea la cuestión de la universalidad del “núcleo duro”. Tras un análisis al respecto, se puede comprobar que algunos de esos derechos constituyen un fondo común irreductible en todas las listas que enumeran los derechos del “núcleo duro”. Este “núcleo duro de los núcleos duros”, según la expresión del Profesor Sudre, comprende cuatro derechos: el derecho a la vida, el derecho a no sufrir torturas ni tratos inhumanos o degradantes, el derecho a no ser sometido a esclavitud ni servidumbre y el derecho a la no retroactividad de la ley penal⁹⁵.

43. Cabe añadir, como derechos fundamentales vinculados a la condición específica de una persona en vías de expulsión, el principio de no discriminación, el derecho al respeto de la integridad física de la persona en vías de expulsión, el derecho al respeto de la vida familiar y el derecho de toda persona a no ser expulsada a un país en que peligre su vida.

44. La protección que resulta de la observancia de esos derechos debe permitir materializar el derecho primigenio en materia de derechos humanos, a saber, el derecho a la dignidad.

⁹² F. Sudre, “Quel noyau intangible des droits de l’homme?” (nota 84 *supra*), pág. 274.

⁹³ Véase G. Cohen-Jonathan, “Les droits de l’homme, une valeur internationalisée” (nota 78 *supra*), pág. 159.

⁹⁴ *Ibid.*, pág. 160.

⁹⁵ *Ibid.*; P. Meyer-Bisch (dir.), *Le noyau intangible des droits de l’homme* (nota 85 *supra*); P.-M. Dupuy, *Droit international public* (nota 39 *supra*), pág. 226.

b) La obligación general de respetar los derechos humanos

45. En la actualidad se reconoce que existe una obligación internacional general de respetar los derechos humanos⁹⁶. Se trata de una obligación *erga omnes*, según el célebre pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia en su fallo en la causa relativa a la *Barcelona Traction*. La Corte declaró, en efecto:

“En particular, debe hacerse una distinción esencial entre las obligaciones de un Estado respecto de la comunidad internacional en su conjunto y las obligaciones respecto de otro Estado en el ámbito de la protección diplomática. Por su propia naturaleza, las primeras obligaciones mencionadas conciernen a todos los Estados. Habida cuenta de la importancia de los derechos en cuestión, cabe considerar que todos los Estados tienen un interés legítimo en su protección; se trata de obligaciones *erga omnes*.”

Ese tipo de obligaciones deriva, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la proscripción de actos de agresión y de genocidio, así como de los principios y normas relativos a los derechos fundamentales del ser humano, incluida la protección contra la esclavitud y la discriminación racial. Algunos de los correspondientes derechos de protección han pasado a formar parte del derecho internacional general (*Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, opinión consultiva, C.I.J. Recueil 1951, pág. 23*); otros están reconocidos en instrumentos internacionales de carácter universal o cuasi universal.⁹⁷

46. En ese mismo sentido, la Corte señaló, en su fallo de 27 de junio de 1986 en la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, que “la inexistencia de un compromiso (en materia de respeto de los derechos humanos) no significaría que un Estado pudiera violar impunemente los derechos humanos”⁹⁸.

47. El Instituto de Derecho Internacional, reproduciendo la fórmula empleada por la Corte en la causa relativa a la *Barcelona Traction*, declaró en su resolución de 13 de septiembre de 1989⁹⁹ que esa obligación internacional general de respetar los derechos humanos “incumbe a todos los Estados en relación con la comunidad internacional en su conjunto y todo Estado tiene un interés legítimo en la protección de los derechos humanos”.

48. El proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en primera lectura en 1996 establecía muy claramente esta idea de obligaciones *erga omnes* respecto de las normas en materia de “protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”, así como la posibilidad de acción pública que se

⁹⁶ Véase J.-F. Flauss en D. Alland (dir.), *Droit international public* (nota 67 *supra*), págs. 577 a 593; G. Cohen-Jonathan, “Les droits de l’homme, une valeur internationalisée” (nota 78 *supra*), págs. 160 y 161.

⁹⁷ Fallo de 5 de febrero de 1970, *C.I.J. Recueil 1970*, pág. 32, párrs. 33 y 34.

⁹⁸ *C.I.J. Recueil 1986*, párr. 267.

⁹⁹ Sesión de Santiago de Compostela. Sobre este aspecto de la labor del Instituto, véase G. Cohen-Jonathan, “La responsabilité pour atteinte aux droits de l’homme”, en *La responsabilité dans le système international*, coloquio de la Société française pour le droit international, París, Pedone, 1991, pág. 120.

deriva de esta idea. En efecto, según el proyecto de artículo 40¹⁰⁰, se entendía por “Estado lesionado” “(...) e) si el derecho lesionado por el hecho de un Estado nace de un tratado multilateral o de una norma de derecho internacional consuetudinario, cualquier otro Estado Parte en el tratado multilateral u obligado por la norma pertinente de derecho internacional consuetudinario, si consta que: (...) iii) el derecho ha sido creado o está reconocido para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”. En el proyecto definitivo de artículos, aprobado por la Comisión en segunda lectura en 2001 y del que la Asamblea General “tomó nota” en su resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001, la solución parece ser esencialmente la misma, aunque ya no se utilice la expresión “Estado lesionado” para esos supuestos y el texto del proyecto de artículos ya no contenga ninguna referencia explícita a los derechos humanos y las libertades fundamentales. En efecto, a tenor del párrafo 1 del artículo 48 de la versión de 2001, “todo Estado que no sea un Estado lesionado” tiene derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado de conformidad con el párrafo 2 de dicho artículo si: “a) La obligación violada existe con relación a un grupo de Estados del que el Estado invocante forma parte y ha sido establecida para la protección de un interés colectivo del grupo; o b) La obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto”. Y, a este respecto, cabe subrayar que, en relación con el apartado a), el comentario de ese artículo menciona como ejemplo el caso de “un sistema regional para la protección de los derechos humanos”¹⁰¹; mientras que, por lo que respecta al apartado b), el comentario hace referencia, en particular, al pasaje del fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Barcelona Traction* y cita como ejemplos de obligaciones *erga omnes* los “principios y normas relativos a los derechos fundamentales del ser humano, incluida la protección contra la esclavitud y la discriminación racial”¹⁰².

49. De las disposiciones que se acaban de mencionar se puede deducir que el incumplimiento por un Estado de sus obligaciones relativas a la protección de los derechos humanos puede entrañar la responsabilidad de ese Estado respecto de todos los demás Estados partes en el tratado en cuestión, cuando se trate de una obligación convencional, o respecto de todos los Estados cuando la obligación incumplida forme parte del derecho internacional general y exista con relación a la comunidad internacional en su conjunto.

50. Esta obligación internacional general de respetar los derechos humanos es más importante aún en el caso de las personas que se encuentran en condición precaria debido a su situación jurídica, como ocurre con los extranjeros en vías de expulsión. Por ello, sobre la base de los elementos de la jurisprudencia internacional que se acaban de recordar y de la convergencia de la doctrina en la materia, ampliamente respaldados por los trabajos de los órganos de codificación con autoridad en la materia, se propone el siguiente proyecto de artículo:

¹⁰⁰ Véase el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones (6 de mayo a 26 de julio de 1996), documento A/51/10, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 68 y 69.

¹⁰¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/56/10)*, pág. 351, punto 7 del comentario.

¹⁰² *Ibíd.*, pág. 353, punto 9 del comentario.

Proyecto de artículo 8: Obligación general de respetar los derechos humanos de la persona en vías de expulsión

Toda persona expulsada o en vías de expulsión tendrá derecho a que se respeten sus derechos fundamentales y todos los demás derechos que vengan impuestos por su condición específica.

c) Derechos de la persona en vías de expulsión especialmente protegidos

51. Como ser humano, el extranjero que se encuentra en el territorio de un Estado goza de la protección de sus derechos humanos. En su calidad de extranjero en vías de expulsión, goza, además de esta protección general, de la protección específica de algunos de esos derechos. Como proponía el Instituto de Derecho Internacional ya a finales del siglo XIX en el artículo 17 de su resolución aprobada en Ginebra el 9 de septiembre de 1892 sobre las *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, “la expulsión no es una pena y debe ejecutarse con todas las precauciones posibles, teniendo en cuenta la situación particular de la persona”¹⁰³.

52. La protección especial de dichos derechos de la persona en vías de expulsión se materializa a través de los derechos del “núcleo duro”, esos derechos intangibles de la persona expulsada que se derivan de los instrumentos jurídicos internacionales y que han sido confirmados por la jurisprudencia internacional. Se trata de los siguientes:

- El derecho a la vida;
- El derecho a la dignidad;
- El derecho a la integridad de la persona;
- La no discriminación;
- El derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes;
- El derecho a la vida familiar.

i) El derecho a la vida

53. El derecho a la vida, que, según el párrafo 1 del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “es inherente a la persona humana”, está proclamado, si bien con fórmulas que varían, en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto de carácter universal¹⁰⁴ como regional¹⁰⁵.

¹⁰³ *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1894, 2ª parte, pág. 222.

¹⁰⁴ Véase, en particular, el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁰⁵ Véase el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950; el artículo 2 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea; el artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969; el artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948; y el artículo 4 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981.

54. ¿En qué consiste este derecho? La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 no ofrece ninguna pista al respecto y se contenta con afirmar lacónicamente en su artículo 3 que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 se limita a reproducir *in extenso* esta fórmula en su artículo 1.

55. En el Convenio Europeo de Derechos Humanos se proclama el derecho a la vida con un régimen detallado que ofrece información sobre su contenido. Según el artículo 2 de este Convenio:

“1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.

2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

- a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima;
- b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente;
- c) Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.”

56. Como puede comprobarse, esta concepción del derecho a la vida no excluye la pena de muerte como posible sanción para ciertas infracciones penales impuesta por un tribunal con arreglo a la ley. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adopta este enfoque mediante la fórmula que figura en la tercera frase del párrafo 1 de su artículo 6, según la cual “nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. Lo que significa, según una formulación no negativa, que una persona puede ser privada de su vida, siempre que no sea de manera arbitraria. La fórmula del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos citada se reproduce al pie de la letra en los respectivos artículos 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981.

57. El Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, de 1989, modifica radicalmente el alcance de la norma en que se declara el derecho a la vida, al establecer en su artículo 1 que:

“1. No se ejecutará a ninguna persona sometida a la jurisdicción de un Estado Parte en el presente Protocolo.

2. Cada uno de los Estados Partes adoptará todas las medidas necesarias para abolir la pena de muerte en su jurisdicción”.

En ese mismo sentido, el artículo 1 del Protocolo No. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 28 de abril de 1983, establece lo siguiente: “Queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado”. De la estructura del artículo 2 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea se desprende claramente que la prohibición de la pena de muerte y de su ejecución se concibe como el corolario del derecho a la vida. Así, después de

recordar, en el párrafo 1, que “toda persona tiene derecho a la vida”, el párrafo 2 de dicho artículo establece que “nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado”. Así pues, según esta Carta europea el derecho a la vida entraña la prohibición de la pena capital y de su ejecución.

58. No obstante, esta prohibición sigue topándose con la legislación contraria de varios países de fuera de Europa y no es, en modo alguno, una norma consuetudinaria universal a pesar de la moratoria del uso de la pena de muerte votada por la Asamblea General en su resolución 62/149, de 18 de diciembre de 2007¹⁰⁶. Es cierto que, durante los diez años anteriores a la aprobación de dicha resolución, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas había aprobado en todos sus períodos de sesiones resoluciones en las que exhortaba “a los Estados que todavía mantienen la pena de muerte a abolirla completamente y, entretanto, establecer una moratoria de las ejecuciones”¹⁰⁷. Pero, en este caso, al igual que en la resolución de la propia Asamblea General, se trata simplemente de recomendaciones sin fuerza vinculante alguna y que no reflejan una *opinio juris communis* en la materia, ya que la resolución 62/149 no fue aprobada por unanimidad.

59. En el plano jurisprudencial, la cuestión de la expulsión, la extradición o la devolución de una persona a un Estado donde pelagra su derecho a la vida ha sido examinada tanto a nivel universal como regional.

60. En el plano universal, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas examinó la cuestión en un caso bien conocido, *Ng c. el Canadá* (1993)¹⁰⁸, que, si bien se refería a un problema de extradición y no de expulsión, puede sin embargo aclarar la cuestión objeto de debate. El Sr. Ng estaba detenido por haber cometido asesinatos en serie. Se lo consideraba carente de escrúpulos y particularmente peligroso. Los Estados Unidos habían solicitado al Canadá su extradición debido a los homicidios que había cometido en su territorio. Se trataba, por tanto, de una extradición a un Estado en que el denunciante se exponía a la pena de muerte. Consciente de que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos permitía la pena de muerte (o, en todo caso, no la prohibía), el Canadá autorizó la extradición del Sr. Ng a los Estados Unidos. El Comité consideró que, si bien no había vulnerado el artículo 6 del Pacto, el Canadá había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del artículo 7 ya que, en ese caso concreto, la ejecución podía llevarse a cabo mediante asfixia por gas, que podía causar sufrimientos y agonía prolongados y no llevaba a la muerte lo más rápidamente posible. Así pues, en ese caso concreto se condenó el riesgo de sufrir un trato cruel.

61. No obstante, en 2003 el Comité de Derechos Humanos modificó su jurisprudencia en la materia en el caso *Judge c. el Canadá*, relativo a un hombre que

¹⁰⁶ Véase la resolución 62/149, de 18 de diciembre de 2007, en que la Asamblea “exhorta a todos los Estados que todavía mantienen la pena de muerte” a que, entre otras cosas, “c) Limiten progresivamente el uso de la pena de muerte y reduzcan el número de delitos por los que se puede imponer esa pena; d) Establezcan una moratoria de las ejecuciones, con miras a abolir la pena de muerte” (párr. 2). Además, la Asamblea “exhorta a los Estados que han abolido la pena de muerte a que no la reintroduzcan” (párr. 3).

¹⁰⁷ La última resolución de dicha Comisión previa a la aprobación de la resolución de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 2007, fue la de 20 de abril de 2005 (resolución 2005/59).

¹⁰⁸ Comunicación No. 469/1991, A/49/40, anexo IX, secc. CC; comentario en *Revue universelle des droits de l’homme*, 1994, pág. 150. Véase también *Kindler c. el Canadá* (1993), comunicación No. 470/1991, A/48/40, anexo XII, secc. U, y *Revue universelle des droits de l’homme*, 1994, pág. 165; *Cox c. el Canadá* (1995), comunicación No. 539/1993, A/50/40, anexo X, secc. M, y *Revue universelle des droits de l’homme*, 1995, pág. 13.

había sido condenado a muerte en los Estados Unidos por asesinato pero que había huido al Canadá. El Sr. Judge se opuso a su extradición hacia los Estados Unidos invocando el riesgo que corría de ser ejecutado en ese país. El Comité modificó su jurisprudencia anterior y realizó una nueva interpretación del párrafo 1 del artículo 6 del Pacto. Tras un largo razonamiento, el Comité llegó a la siguiente conclusión:

“Por estos motivos, el Comité considera que el Canadá, como Estado Parte que ha abolido la pena capital, independientemente de que aún no haya ratificado el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto destinado a abolir la pena de muerte, violó el derecho del autor a la vida a tenor del párrafo 1 del artículo 6 al expulsarlo a los Estados Unidos, donde está condenado a muerte, sin exigir garantías de que la condena no se ejecutaría. El Comité reconoce que no fue el Canadá quien impuso la pena de muerte al autor, pero al expulsarlo a un país donde estaba condenado a muerte, el Canadá aportó el eslabón decisivo a la cadena causal que haría posible la ejecución del autor.”¹⁰⁹

62. De esta decisión se desprende lo siguiente:

- i) El Estado que ha abolido la pena de muerte no puede extraditar, expulsar o, de manera general, entregar a una persona condenada a muerte a un Estado en que existe esa pena, sin obtener antes garantías de que no se le impondrá dicha pena o que no se ejecutará;
- ii) Los Estados que aún no han abolido la pena de muerte y siguen imponiéndola en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no están sujetos a esta obligación, que sólo se aplica a los Estados abolicionistas.

63. Por lo que respecta a la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos abordó esta cuestión por primera vez en la famosa causa *Soering c. Reino Unido*¹¹⁰, en la que el demandante, que había cometido un asesinato, se oponía a su extradición a los Estados Unidos, donde corría el riesgo de que se le impusiera la pena de muerte. Sostuvo que su extradición violaría el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos debido a las condiciones a que sería sometido, en particular su larga espera en el pabellón de los condenados a muerte antes de ser ejecutado. El problema no era, por tanto, el riesgo de ejecución que corría en caso de extradición (ya que la pena de muerte en sí no estaba prohibida por el Convenio), sino las circunstancias que rodeaban la ejecución de una condena a muerte en los Estados Unidos. Este cambio de perspectiva condujo al Tribunal a pronunciarse sobre la cuestión de si, en caso de extradición del demandante, habría un riesgo real de tortura o de tratos inhumanos o degradantes y, por tanto, una violación del artículo 3 del Convenio. Por consiguiente, la decisión del Tribunal se basó no tanto en la pena de muerte como en las condiciones en que podría aplicarse esa pena.

64. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recibido, en épocas recientes, diversas denuncias presentadas contra Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, bien por violación de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), bien por violación de las disposiciones de la Declaración Americana de los

¹⁰⁹ Comunicación No. 829/1998, dictamen emitido el 5 de agosto de 2003, A/58/40, anexo VI, secc. G, párr. 10.6.

¹¹⁰ Demanda No. 14038/88, sentencia de 7 de julio de 1989.

Derechos y Deberes del Hombre de 1948. Así, en el caso *Hugo Armendáriz c. Estados Unidos*¹¹¹, el peticionario sostuvo que su expulsión de los Estados Unidos a México había vulnerado varias disposiciones de esa Declaración, en particular el artículo 1 que establece el derecho a la vida. En el caso *Marino López y otros (Operación Génesis) c. Colombia*¹¹², los peticionarios también invocaron, entre otras cosas, la violación del párrafo 1 del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en que se establece el mismo derecho. La Comisión declaró la admisibilidad de ambas peticiones, pero no entró a examinar el fondo.

65. En cambio, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre la obligación de proteger la vida e integridad de las personas afectadas por la expulsión en el caso *Haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana*. En su resolución de 2 de febrero de 2006, dictada en ese caso, la Corte, vistas su resolución de 18 de agosto de 2000 en que requería a la República Dominicana que adoptara cuantas medidas fueran necesarias “para proteger la vida e integridad personal” de Benito Tide Méndez, Antonio Sension, Andrea Alezy, Janty Fils-Aime y William Medina Ferreras, así como del Padre Pedro Ruquoy y de la señora Solange Pierre; su resolución de 12 de noviembre de 2000 mediante la cual ratificó la resolución del Presidente de la Corte de 14 de septiembre de 2000 por la que éste había requerido a ese mismo país que adoptara cuantas medidas fueran “necesarias para proteger la vida e integridad personal” de Rafaelito Pérez Charles y Berson Gelim; y la resolución de la Corte de 26 de mayo de 2001 en la que recordó las dos resoluciones precedentes¹¹³, resolvió:

“1. Ratificar la Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de octubre de 2005, en la cual se ordenó que el Estado ampliara e implementara las medidas necesarias para proteger la vida y la integridad personal de los cuatro hijos de la señora Solain Pie o Solain Pierre o Solange Pierre.

2. Reiterar lo señalado en las Resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de agosto de 2000, 12 de noviembre de 2000 y 26 de mayo de 2001, en el sentido de que el Estado debe mantener las medidas que hubiese adoptado y disponga de forma inmediata las que sean necesarias para proteger eficazmente la vida y la integridad personal de los señores Benito Tide Méndez, Antonio Sension, Janty Fils-Aime, William Medina Ferreras, Rafaelito Pérez Charles, Berson Gelim, el sacerdote Pedro Ruquoy y las señoras Andrea Alezy y Solain Pie o Solain Pierre o Solange Pierre.

3. Requerir al Estado que brinde las debidas condiciones para que la señora Solain Pie o Solain Pierre o Solange Pierre y sus cuatro hijos regresen a su hogar en la República Dominicana y que, tan pronto eso ocurra, adopte cuantas medidas sean necesarias para proteger su vida e integridad personal.

[...]”¹¹⁴

¹¹¹ Informe No. 57/06, petición 526-03, admisibilidad, 20 de julio de 2006, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, pág. 451, OEA/Ser.L/V/II.127 doc. 4, párr. 2.

¹¹² Informe No. 86/06, petición 499-04, admisibilidad, 21 de octubre de 2006, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, pág. 302, OEA/Ser.L/V/II.127 doc.4, párr. 2.

¹¹³ Resolución de 2 de febrero de 2006, párrs. 1, 2 y 3.

¹¹⁴ *Ibíd.*, parte dispositiva.

66. Del análisis que precede cabe extraer las siguientes conclusiones:

a) En primer lugar, el derecho a la vida de todo ser humano es un derecho inherente, consagrado formalmente en las normas internacionales de derechos humanos. Como tal, se aplica a las personas en situación precaria como los extranjeros en vías de extradición, expulsión o devolución. A este respecto, también puede entenderse como una obligación del Estado que expulsa de proteger la vida de las personas en cuestión, tanto en el país de acogida como en el Estado de destino, según la situación que impere en éste. Ese es el espíritu del párrafo 8 del artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece importantes restricciones a la expulsión y transforma el derecho a la vida del extranjero en una obligación del Estado que expulsa de garantizar la protección de ese derecho. Según esta disposición, “en ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de su raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”. El párrafo 1 del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados contiene la misma disposición;

b) En segundo lugar, el derecho a la vida no entraña necesariamente la prohibición de la pena de muerte y de las ejecuciones. Es cierto que, a la luz del derecho convencional y jurisprudencial regional de Europa, parece que deben considerarse prohibidas las extradiciones (o expulsiones) de personas a un Estado en que puedan ser condenadas a muerte. Pero no se puede generalizar esta regla, ya que no se trata de una norma consuetudinaria;

c) En tercer lugar, los Estados que han abolido la pena de muerte no pueden extraditar o expulsar a una persona condenada a muerte a un país sin obtener antes garantías de que no se le aplicará la pena capital; sin embargo, esta obligación sólo es aplicable a los Estados que han abolido la pena capital.

67. En consecuencia, se propone el siguiente proyecto de artículo:

Proyecto de artículo 9: Obligación de proteger el derecho a la vida de la persona en vías de expulsión

- 1. El Estado que expulsa protegerá el derecho a la vida de la persona en vías de expulsión.**
- 2. El Estado que haya abolido la pena de muerte no podrá expulsar a una persona condenada a muerte a un Estado en que esa persona corra el riesgo de ser ejecutada sin obtener antes garantías de que no se ejecutará la pena capital.**

ii) *El derecho a la dignidad*

68. El concepto de dignidad humana ha despertado mucho interés en la doctrina jurídica reciente¹¹⁵. En el derecho interno, en particular, ha habido divisiones en la

¹¹⁵ Véase, en particular, Bertrand Mathieu, “La dignité de la personne humaine, quel droit ? quel titulaire ?”, *Dalloz, chronique*, 1996, págs. 282 y ss.; Saint-James, “Réflexions sur la dignité humaine en tant que concept juridique du droit français”, *Dalloz, chronique*, 1997, págs. 61 y ss.; B. Edelman, “La dignité de la personne humaine, un concept nouveau”, *Dalloz, chronique*, 1997, págs. 185 y ss.; L. Richer, “Les droits fondamentaux : une nouvelle catégorie juridique ?”, *Actualité juridique du droit administratif*, 1988, número especial, págs. 1 y ss.; Champeil-Desplats, “La notion de ‘droit fondamental’ et le droit constitutionnel français”, *Dalloz*,

doctrina sobre la cuestión de su juridificación: algunos autores consideran peligroso, incluso imposible, convertirlo en un concepto jurídico¹¹⁶; otros, por el contrario, estiman que la dignidad ya tiene estatuto jurídico y es el fundamento de un derecho nuevo¹¹⁷. No cabe duda, sin embargo, de que la dignidad es un concepto de derecho positivo en varios ordenamientos jurídicos nacionales¹¹⁸.

69. En el plano internacional, cabe observar que la aparición y evolución de los conceptos de dignidad humana y de derechos fundamentales han sido simultáneas. En esta evolución, la dignidad aparece a la vez como justificación y como principio primigenio que sirve de base a otros derechos. El principio del respeto de la dignidad humana, cimiento ético-filosófico de los derechos fundamentales, es la base de todos los demás derechos del ser humano. La Carta de las Naciones Unidas fue el primer instrumento en hacer referencia a estos dos conceptos al manifestar, ya en el segundo párrafo de su preámbulo, la resolución de los “pueblos de las Naciones Unidas” a “reafirmar [su] fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres (...)”. A semejanza de la Carta, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 enuncia, en el primer párrafo de su preámbulo, que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

70. Puede decirse que, a pesar de la rotundidad con que se enunciaba, hasta entonces sólo se hacía referencia a la dignidad humana en los preámbulos, sin que sea necesario entrar ahora en el debate sobre el valor del preámbulo de un texto

chronique, 1995, págs. 323 y ss.; M.-L. Pavia, “Eléments de réflexion sur la notion de droit fondamental”, *Les Petites Affiches*, 1994, No. 54, págs. 6 y ss.; Laurent Marcoux, “Le concept de droits fondamentaux dans le droit des Communautés européennes”, en *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, París, Economica, 1992; y J.-M. Tchakoua, Tesis (nota 49 *supra*), págs. 11 y ss.

¹¹⁶ Véase, en particular, J.-P. Theron, “Propos sur une jurisprudence contestable”, en *Pouvoir et liberté. Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruselas, Bruylant, 1988, págs. 295 y ss.; Anne-Marie Le Pourhiet, “Le Conseil constitutionnel et l’éthique bio-médicale”, en *Etudes en l’honneur de Georges Dupuis*, París, L.G.D.J., 1997, págs. 213 y ss.; Claire Neirinck, “La dignité humaine ou le mauvais usage d’une notion philosophique”, en P. Pedrot (dir.), *Ethique, droit e dignité de la personne*, París, Economica, 1999.

¹¹⁷ Véase, en particular, B. Edelman, “La dignité de la personne humaine, un concept nouveau” y B. Mathieu, “La dignité de la personne humaine, quel droit ? quel titulaire ?” (nota 115 *supra*).

¹¹⁸ Las referencias a la dignidad son cada vez más numerosas, tanto en los textos normativos como en las decisiones judiciales. Por lo que respecta a los textos normativos, cabe mencionar, por ejemplo en Francia, el Código penal (cuyo capítulo V, título III, lleva por título “Los menoscabos de la dignidad”), el Código de deontología médica o la Ley sobre bioética incorporada al Código civil y, en el Camerún, el preámbulo de la Constitución, que incorpora al derecho interno los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos en que es parte el país (véase, a este respecto, el artículo 5 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos). Por lo que respecta a las decisiones de los tribunales, cabe citar en particular las decisiones del Consejo Constitucional francés de 27 de julio de 1994 y 25 de enero de 1995 (*Recueil*, 1994 y 1995), la del Consejo de Estado francés de 25 de octubre de 1995 (*Recueil*, 1995) y la del Tribunal de Apelaciones de París de 28 de mayo de 1996 (*Dalloz, Jurisprudence*, 1996, págs. 617 y ss., nota, B. Edelman). En relación con el proceso de aparición de la dignidad como un derecho nuevo y la confusión que ha provocado en la doctrina francesa, véase J.-M. Tchakoua, Tesis (nota 49 *supra*), págs. 12 a 26.

jurídico¹¹⁹. El concepto se formula con más firmeza en la parte sustancial de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, cuyo artículo 5 establece que “todo individuo tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano y al reconocimiento de su personalidad jurídica (...)”. Más recientemente, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea aprobada en 2000 recoge este concepto. El artículo 1, que lleva por título “Dignidad humana”, establece lo siguiente: “La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”.

71. La jurisprudencia internacional ha confirmado el carácter positivo del concepto de dignidad humana en el derecho internacional relativo a los derechos humanos y, además, ha proporcionado elementos de su contenido. La decisión de la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en la causa *Furundzija* reviste especial interés a este respecto. En efecto, la Sala:

“estima que la penetración oral a la fuerza con el órgano sexual masculino es *un menoscabo de la dignidad humana especialmente humillante y degradante*. La esencia de las normas del derecho internacional humanitario y de las normas de derechos humanos es la protección de la dignidad de la persona, ya sea de sexo masculino o femenino. El principio general del respeto de la dignidad humana es la base del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos y es, de hecho, su razón de ser: en la actualidad ha alcanzado tal importancia que impregna el derecho internacional en su conjunto. La finalidad de este principio es proteger al ser humano de todo menoscabo de su dignidad personal, con independencia de que resulte de violencia física, humillaciones o ataques contra el honor, la autoestima o la salud mental de una persona. Es plenamente coherente con este principio que un acto de violencia sexual tan grave como la penetración oral a la fuerza se califique de violación.”¹²⁰

72. La dignidad, valor cardinal de la axiología humana, no tiene precio; encarna un ideal de absoluto que se refleja fielmente en el concepto de intangibilidad que caracteriza a los derechos fundamentales o al “núcleo duro” de derechos humanos. Se trata por tanto, al margen del derecho a la vida, que es un derecho primordial, de un derecho básico del que son titulares todos los seres humanos. Este derecho reviste especial importancia para las personas en vías de expulsión, debido a los riesgos de abusos que corren los extranjeros, en particular los que se encuentran en situación ilegal en el Estado que los expulsa. Por ello, procede reformular este derecho en términos específicos que se ajusten a la condición del extranjero en vías de expulsión. El proyecto de artículo que figura a continuación se inspira en el artículo 1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea; la primera frase de ese artículo se reproduce *in extenso* en el párrafo 1 del proyecto, y la segunda frase se incluye en un párrafo 2 completado con miras a reforzar la protección de la persona expulsada o en vías de serlo.

¹¹⁹ Sobre esta cuestión, véase en particular J.-P. Cot y A. Pellet, comentario del Preámbulo, en Jean-Pierre Cot, Alain Pellet y Mathias Forteau, *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 3ª ed., París, Economica, 2005, págs. 287 a 312; Théo Van Boven, “Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales. Préambule”, en L. E. Pettiti, E. Decaux y P.-H. Imbert (nota 41 *supra*), págs. 125 a 134.

¹²⁰ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Le Procureur c. Furundzija* (causa No. IT-95-17/1), Sala de Primera Instancia, fallo, 10 de diciembre de 1998, párr. 183.

Proyecto de artículo 10: Obligación de respetar la dignidad de la persona en vías de expulsión

- 1. La dignidad humana es inviolable.**
- 2. La dignidad de una persona en vías de expulsión será respetada y protegida en cualquier circunstancia, con independencia de que la persona se encuentre en situación legal o ilegal en el Estado que la expulsa.**

iii) Prohibición de la tortura y de las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes

73. Esta prohibición está ampliamente consagrada a nivel convencional. Así, según el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. Esta disposición se reproduce en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹²¹, en la primera frase del párrafo 2 del artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la primera frase del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (en adelante, la Convención contra la Tortura) reproduce esta disposición en el párrafo cuarto de su preámbulo, con arreglo al cual los Estados partes declaran tener en cuenta el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, antes citados. La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos contiene esta misma norma, pero con una formulación en la que se vincula a otras categorías de menoscabos de la dignidad humana prohibidos. En efecto, en virtud de la segunda frase de su artículo 5, “quedan prohibidas todas las formas de explotación y degradación del hombre, en particular la esclavitud, la trata de personas, la tortura física o psicológica y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”¹²².

74. El enunciado general de la norma no permite determinar con precisión su contenido. La jurisprudencia internacional es de gran ayuda a este respecto. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en particular, ha elaborado una jurisprudencia amplia y bien asentada en la materia¹²³. Según esta jurisprudencia constante y uniforme, el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

¹²¹ “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.”

¹²² En ese mismo sentido, la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven establece, en su artículo 6, que “ningún extranjero será sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (...)”.

¹²³ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha declarado admisibles varias denuncias contra Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos por malos tratos (violación del artículo 5 del Pacto de San José de Costa Rica), pero sin entrar a examinar el fondo: véanse los casos *Sebastián Echaniz Alcorta y Juan Víctor Galarza Mendiola c. Venezuela*, informe No. 37/06, petición 562-03, 15 de marzo de 2006, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, pág. 650, OEA/Ser.L/V/II.127 doc. 4, párr. 2; *Jesús Tranquilino Vélez Loor c. Panamá*, informe No. 95/06, petición 92-04, 23 de octubre de 2006, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, pág. 597, OEA/Ser.L/V/II.127 doc. 4, párr. 1; *Hugo Armendáriz c. Estados Unidos y Marino López y otros c. Colombia* (notas 111 y 112 *supra*).

entraña la obligación de no expulsar a una persona a un país en el que corra el riesgo de ser sometida a torturas o tratos inhumanos o degradantes¹²⁴.

75. De esta interpretación extensiva y teleológica de las obligaciones que incumben a los Estados partes en este Convenio se desprende que el artículo 3 no se limita a prohibir que los Estados contratantes inflijan torturas u otros tratos inhumanos o degradantes, sino que también les impone la obligación correlativa de no colocar a una persona que está bajo su jurisdicción en una situación en que pueda ser víctima de una violación de esa índole, incluso cometida por un Estado tercero¹²⁵. Según la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso *Kirkwood c. Reino Unido*, esta interpretación “[...] se basa en el tenor, muy amplio, del artículo 3 del Convenio y en la obligación que dicho artículo, en relación con el artículo 1, impone a las Partes contratantes del Convenio de proteger ‘a toda persona dependiente de su jurisdicción’ del riesgo real de sufrir tratos de esa índole, habida cuenta de su carácter irremediable”¹²⁶.

76. La doctrina ha sistematizado el razonamiento del Tribunal mediante la teoría de la “protección indirecta” (“protection par ricochet”)¹²⁷, según la cual es posible invocar “derechos derivados del Convenio que éste no garantiza como tales pero que se benefician de su protección indirecta a través de otro derecho garantizado”¹²⁸. La prohibición de no entregar a un extranjero a sus verdugos o a un país en que corre el riesgo de sufrir torturas o tratos inhumanos o degradantes es una obligación implícita que se deriva de la propia naturaleza del derecho protegido.

77. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo oportunidad de precisar su razonamiento en la causa *Soering c. Reino Unido*¹²⁹. Su razonamiento parece basarse en tres directrices, a saber:

- i) La intrascendencia de la responsabilidad internacional del Estado tercero, pues no se trata de una aplicación extraterritorial del artículo 3 con miras a que un Estado tercero respete las disposiciones de un tratado en que no es necesariamente parte;
- ii) La primacía del Convenio Europeo sobre las demás obligaciones convencionales de los Estados partes;

¹²⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Chahal c. Royaume-Uni*, sentencia de 15 de noviembre de 1996, Serie A, 1996-V, No. 22, pág. 1853, párrs. 73 y 74.

¹²⁵ Véase Vincent Chetail, “Les droits des réfugiés à l’épreuve des droits de l’homme: Bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme sur l’interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitement inhumains ou dégradants”, *Revue belge de droit international*, 2004/1, pág. 161.

¹²⁶ Comisión Europea de Derechos Humanos, demanda No. 10479/83, *Kirkwood c. Royaume-Uni*, decisión de 12 de marzo de 1984, *Décisions et rapports* 37, págs. 215 y 216. Para comentarios sobre los motivos de esta interpretación, véase V. Chetail (nota 125 *supra*), págs. 161 y 162.

¹²⁷ Frédéric Sudre, “La notion de ‘peines et traitements inhumains ou dégradants’ dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l’homme”, *Revue générale de droit international public*, 1984, págs. 866 a 868; véase también Gérard Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l’homme*, París, Economica, 1989, págs. 84 y 304.

¹²⁸ F. Sudre, “Extradition et peine de mort : arrêt *Soering* de la Cour européenne des droits de l’homme du 7 juillet 1989”, *Revue générale de droit international public*, 1990, pág. 108.

¹²⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Soering c. Royaume-Uni*, sentencia de 7 de julio de 1989, *Décisions et rapports*, pág. 33, párr. 86.

iii) La obligación implícita que figura en el artículo 3 de oponerse a la extradición o expulsión de una persona que corra el riesgo de sufrir torturas o tratos inhumanos o degradantes.

78. Cerca de 20 años más tarde, las controversias sobre el razonamiento del Tribunal en la causa *Soering* no parecen haberse agotado¹³⁰. Sin embargo, no cabe duda de que, incluso ciñéndose estrictamente al plano convencional, del artículo 3 del Convenio Europeo se desprende una norma de carácter absoluto en la medida en que, según el párrafo 2 del artículo 15 de dicho Convenio, las Partes contratantes no pueden tomar medidas que deroguen la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, ni siquiera en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación. Este es, por otra parte, el motivo que con más frecuencia invoca la doctrina para justificar la aplicabilidad del artículo 3 a las medidas de expulsión (en el sentido general con que se emplea aquí) de los extranjeros. Desde el punto de vista de la responsabilidad internacional, el Estado que expulsa se convertiría en cómplice de los actos del Estado de destino porque, con la expulsión, le habría permitido cometer el hecho ilícito.

79. Procede, a continuación, examinar más a fondo los distintos actos o hechos-conceptos prohibidos por la norma. Pero antes, conviene precisar que, si bien el artículo 3 del Convenio Europeo prohíbe, como se ha visto, la “tortura” y las “penas o tratos inhumanos o degradantes”, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos añade un calificativo más al segundo conjunto de comportamientos prohibidos, ya que habla de “penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”; esta fórmula del artículo 7 del Pacto ha sido reproducida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 5, párrafo 2) y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (artículo 5). En consecuencia, esta será la fórmula que se utilizará a efectos del presente informe.

a. Tortura

80. Se considera que la tortura es el acto más grave dentro de la jerarquía de los actos de menoscabo de la integridad física del ser humano¹³¹.

81. A tenor del párrafo 1 del artículo 1 de la Convención contra la Tortura de 1984:

“se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos

¹³⁰ Además de las referencias ya citadas, véase también C. Van Den Wyngaert, “Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandora’s Box?”, *International and Comparative Law Quarterly* 1990, págs. 757 a 779; C. Warbrick, “Coherence and the European Court of Human Rights: the Adjudicative Background to the *Soering Case*”, *Michigan Journal of International Law*, 1990, págs. 1073 a 1096; S. Breitenmoser y G. E. Wilms, “Human Rights v. Extradition: The *Soering Case*”, *ibíd.*, págs. 845 a 886; B.I. Richard, “*The Soering Case*”, *American Journal of International Law* 1991, págs. 128 a 149; H.G. Vander Wilt, “*Après Soering: the Relationship between Extradition and Human Rights in the Legal Practice of Germany, the Netherlands and the United States*”, *Northwestern Interdisciplinary Law Review*, 1995, págs. 53 a 80; S. Zohlke y J.-C. Pastille, “Extradition and the European Convention – *Soering Revisited*”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1999, págs. 749 a 784; véase también V. Chetail (nota 125 *supra*), pág. 165.

¹³¹ Véase Robert Kolb, “La jurisprudence internationale en matière de torture et de traitement inhumains ou dégradants”, *Revue universelle des droits de l’homme*, vol. 15, No. 7-10, 15 de diciembre de 2003, pág. 225.

o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.”

82. Como señaló la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en la causa *Furundzija*¹³², esta definición jurídica de tortura se basa en cuatro elementos esenciales:

- i) Un elemento material o físico: el hecho de infligir, mediante un acto o una omisión, dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales;
- ii) Un elemento psicológico: el acto o la omisión debe ser intencional;
- iii) Una finalidad: la tortura debe infligirse con el fin de obtener información o una confesión, de castigar, intimidar, humillar o coaccionar a la víctima o a una tercera persona o de discriminarlas por cualquier razón;
- iv) Un elemento instrumental o de medio: al menos una de las personas que participe en las torturas debe ser un funcionario público o, en todo caso, actuar no a título particular sino, por ejemplo, como órgano de facto de un Estado o de cualquier otra entidad dotada de autoridad.

83. A la luz de estos elementos, no cabe duda de que una persona expulsada o en vías de expulsión puede ser víctima de actos de tortura, ya sea en el Estado que la expulsa o en el Estado de destino. Por otra parte, el Comité contra la Tortura establecido por la Convención contra la Tortura, de 1984, que no empezó a desempeñar sus funciones hasta 1991, ha recibido varios cientos de comunicaciones individuales que se refieren, casi en su totalidad, a casos de expulsión o extradición de una persona a un Estado donde corre el riesgo de ser sometida a torturas o malos tratos¹³³. Las soluciones adoptadas por el Comité en estos casos son sustancialmente idénticas y más bien repetitivas¹³⁴. Bastará, por tanto, mencionar algunos casos a título de ejemplo¹³⁵.

84. En el caso *Mutombo c. Suiza* (1994), el denunciante se afilió clandestinamente en su país a un partido político, la Unión para la Democracia y el Progreso Social del Zaire. Poco tiempo después, en 1989, fue detenido y recluido en una celda de

¹³² *Furundzija* (nota 120 *supra*), párr. 162.

¹³³ Véase R. Kolb (nota 131 *supra*), págs. 261 y 266.

¹³⁴ En relación con la actividad de este Comité, véase en particular C. Ingelse, *The United Nations Committee Against Torture. An Assessment*, La Haya/Londres/Boston, 2001; L. Holmström (ed.), *Conclusions and Recommendations of the United Nations Committee Against Torture : Eleventh to Twenty-Second Session (1993-1999)*, La Haya/Londres/Boston, 2000; véase también A. Dormenval, “United Nations Committee Against Torture: Practice and Perspectives”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 8, 1990, págs. 26 y ss.; M. Nowak, “The Implementation Functions of the United Nations Committee Against Torture”, en *Mélange F. Ermacora*, N.P. Engel, Estrasburgo/Kehl, 1988, págs. 493 y ss.

¹³⁵ R. Kolb hace un resumen de esos casos en su estudio antes citado (nota 131 *supra*, en especial págs. 268 a 273), en el que se inspira la presente exposición.

1 metro cuadrado durante cuatro días. Se le aplicaron descargas eléctricas, fue golpeado con un rifle y golpeado en los testículos hasta que perdió el conocimiento. Durante su cautiverio no recibió ninguna atención médica por una herida en la cabeza provocada por las torturas sufridas. Tras su liberación, en 1990, huyó a Suiza. A pesar de los certificados médicos que acreditaban las secuelas de los presuntos malos tratos recibidos (en este caso, los actos de tortura), Suiza dictó una orden de expulsión.

85. En contra de esta decisión se invocó la violación del artículo 3 de la Convención contra la Tortura, a tenor del cual:

“1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.

2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.”

86. El Comité, tras señalar que debía determinar si había razones fundadas para creer que el Sr. Mutombo corría peligro de ser sometido a tortura, declaró lo siguiente:

“Ahora bien, esta reflexión tiene por objeto determinar si el interesado podría personalmente ser sometido a tortura en el país al que fuera devuelto. De ello se sigue que la existencia de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos no constituye motivo suficiente en sí para afirmar que una persona puede ser sometida a tortura al regresar a ese país; deben existir motivos suplementarios para pensar que el interesado estaría personalmente en peligro. Igualmente, la inexistencia de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos no significa que no pueda considerarse que una persona corre el riesgo de ser sometida a tortura en su caso particular.”¹³⁶

87. Según el Comité, no cabía duda de que en ese caso concreto había razones fundadas para creer que el denunciante corría peligro de ser sometido a tortura en su país de origen. Había numerosos factores que respaldaban esa conclusión: sus orígenes étnicos, su afiliación política, la historia de su detención, su desertión del ejército para huir del país, así como los argumentos que había invocado en su solicitud de asilo, que podían considerarse difamatorios para el Zaire, a lo que había que añadir la situación de violaciones manifiestas de los derechos humanos que existía en ese país¹³⁷.

88. En el caso *Alan c. Suiza* (1996) se aplicaron los mismos criterios. El denunciante era simpatizante de una organización kurda ilegal de orientación marxista-leninista. Fue detenido en Turquía en 1983 y afirmó haber sido brutalmente torturado con descargas eléctricas durante 36 días. Tras ser detenido nuevamente en varias ocasiones en 1988 y 1989, huyó a Suiza. A pesar de un informe médico que confirmaba que algunas cicatrices de su cuerpo podían haber

¹³⁶ *Mutombo c. Suiza*, A/49/44, anexo V, secc. B, comunicación No. 13/1993, párr. 9.3.

¹³⁷ *Ibíd.*, párr. 9.4.

sido causadas por las torturas descritas, Suiza decidió expulsarlo¹³⁸. El Comité declaró lo siguiente:

“En el caso considerado, el Comité estima que el origen étnico del autor, sus presuntas afiliaciones políticas, la historia de su detención y su exilio interno son factores que deben tenerse en cuenta al determinar si correría peligro de ser sometido a tortura después de regresar; el Estado parte ha señalado contradicciones e incoherencias en la historia del autor, pero el Comité considera que normalmente no es posible esperar una precisión completa por parte de víctimas de la tortura y que las incoherencias que puedan existir en la presentación de los hechos por el autor no son fundamentales y no permiten abrigar dudas sobre la veracidad general de las afirmaciones del autor.”¹³⁹

89. Y, tras recordar diversos actos de malos tratos invocados por el Sr. Alan, el Comité afirmó que, en esas circunstancias, “considera que el autor ha demostrado de modo suficiente que corre el riesgo personal de ser sometido a tortura si se le obliga a regresar a Turquía”¹⁴⁰. El Comité “llega a la conclusión de que la expulsión del autor o su regreso a Turquía en las actuales circunstancias constituiría una violación del artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes”¹⁴¹.

90. En el caso *Aemei c. Suiza* (1997), el Comité adoptó una línea jurisprudencial que sería confirmada posteriormente por los tribunales nacionales. El Comité afirmó el carácter de *jus cogens* de la norma establecida en el artículo 3. En efecto, el Comité:

“recuerda que la protección que ofrece el artículo 3 de la Convención es absoluta. Cada vez que hay razones fundadas para creer que una persona corre el peligro de ser sometida a torturas si se le expulsa a otro Estado, el Estado Parte está obligado a no devolver al interesado a ese otro Estado. La naturaleza de las actividades a que se haya dedicado el interesado no es una consideración pertinente para adoptar una decisión de conformidad con el artículo 3 de la Convención.”¹⁴²

91. Esta jurisprudencia inequívoca de los órganos de control no judiciales está bien asentada, con abundantes decisiones de los órganos judiciales que respaldan esa posición constante¹⁴³.

¹³⁸ Comunicación No. 21/1995, A/51/44, anexo V, secc. A, párrs. 11.2 a 11.6.

¹³⁹ *Ibíd.*, párr. 11.3.

¹⁴⁰ *Ibíd.*, párr. 11.4.

¹⁴¹ *Ibíd.*, párr. 11.6.

¹⁴² *Aemei c. Suiza*, comunicación No. 34/1995, A/52/44, anexo V, secc. B.2, párr. 9.8.

¹⁴³ *A.D. c. los Países Bajos*, comunicación No. 96/1997; *A.L.N. c. Suiza*, comunicación No. 90/1997; *C.R. Núñez Chipana c. Venezuela*, comunicación No. 110/1998; *E.A.C. c. Suiza*, comunicación No. 28/1995; *G.T. c. Suiza*, comunicación No. 137/1999; *H.A.D. c. Suiza*, comunicación No. 126/1999; *H.D. c. Suiza*, comunicación No. 112/1998; *I.A.O. c. Suecia*, comunicación No. 65/1997; *J.A. Arana c. Francia*, comunicación No. 63/1997; *J.U.A. c. Suiza (1)*, comunicación No. 100/1997; *K.M. c. Suiza*, comunicación No. 107/1998; *K.N.C. c. Suiza*, comunicación No. 94/1997; *K.T. c. Suiza*, comunicación No. 118/1998; *M.B.B. c. Suecia (2)*, comunicación No. 104/1998; *N.P. c. Australia*, comunicación No. 106/1998; *P.Q.L. c. el Canadá*, comunicación No. 57/1996; *S.C. c. Dinamarca*, comunicación No. 143/1999; *S.M.R. y M.M.R. c. Suecia*, comunicación No. 103/1998; *T.P.S. c. el Canadá*, comunicación No. 99/1997; *V.X.N. y H.N. c. Suecia*, Comunicaciones Nos. 130 y 131/1999; *X. c. los Países*

92. Empezaremos por la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Este Tribunal se pronunció por primera vez sobre la cuestión de la tortura en la causa *Delalić (Čelebići)* (1998). Si bien la Sala de Primera Instancia del Tribunal se remitió a la definición de tortura que figuraba en la Convención contra la Tortura de 1984¹⁴⁴, su decisión reviste especial interés porque afirmó que la prohibición de la tortura era de naturaleza consuetudinaria y se aplicaba tanto en tiempo de paz como en períodos de conflicto armado, ya fuera interno o internacional¹⁴⁵. La Sala confirmó este enfoque unos meses más tarde en la causa *Furundzija*¹⁴⁶, tras recordar claramente las reglas aplicables a esa norma:

“En primer lugar, habida cuenta de la importancia que la comunidad internacional otorga a la protección de las personas contra la tortura, la prohibición de esta práctica es especialmente rigurosa y amplia. Los Estados no sólo están obligados a prohibir y castigar el recurso a la tortura, sino también a prevenirla. No basta con intervenir *a posteriori*, cuando se haya menoscabado de manera irremediable la integridad física y psicológica de seres humanos. Los Estados están obligados a adoptar todas las medidas necesarias para evitar el recurso a la tortura. Como señaló con gran autoridad el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la causa *Soering*, el derecho internacional no sólo pretende prohibir los menoscabos efectivos, sino también los potenciales (al igual que cualquier posible trato inhumano y degradante). De ello se desprende que las normas internacionales no sólo prohíben la tortura, sino que también condenan: i) el hecho de no adoptar las medidas necesarias a nivel nacional para que la prohibición sea efectiva, y ii) el hecho de mantener en vigor o aprobar leyes contrarias a la prohibición.”¹⁴⁷

93. Esta decisión de la Sala de Primera Instancia fue confirmada por la Sala de Apelaciones, que “considera inconcebible que se pueda sostener que, una vez demostrados, los actos imputados en el párrafo 25 del escrito de acusación revisado (a saber, el hecho de frotar un cuchillo contra los muslos y el vientre de una mujer mientras se la amenaza con introducir el cuchillo en su vagina) no eran lo suficientemente graves para constituir actos de tortura”¹⁴⁸.

94. La norma relativa a la prohibición de la tortura tiene una consecuencia jurídica particular en relación con la responsabilidad del Estado. Según el Tribunal:

“Por regla general, el mantenimiento en vigor o la aprobación de leyes internas contrarias a las normas internacionales sólo entraña la responsabilidad

Bajos, comunicación No. 36/1995; *X. c. Suiza*, comunicación No. 27/1995; *X. c. Suiza*, comunicación No. 38/1995; *X., Y. y Z. c. Suecia*, comunicación No. 61/1996.

¹⁴⁴ La Sala del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia modificó su jurisprudencia relativa a la definición de la tortura en la causa *Kunarać y otros* (2001): “Vistos los instrumentos internacionales y la jurisprudencia analizados hasta este momento, la Sala de Primera Instancia estima que no puede considerarse que la definición de tortura que figura en la Convención contra la Tortura sea la definición de tortura con arreglo al derecho internacional consuetudinario, que es vinculante con independencia del contexto (...). Por consiguiente, la Sala de Primera Instancia estima que la definición de tortura que figura en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura sólo tiene carácter orientativo” (*Kunarać, Kovač and Vuković* (2001), párr. 482; véase también párr. 496).

¹⁴⁵ *Delalić (Čelebići)*, fallo de 16 de noviembre de 1998, párrs. 446 y 454.

¹⁴⁶ *Furundzija* (nota 120 *supra*), párr. 155.

¹⁴⁷ *Ibid.*, párr. 148.

¹⁴⁸ *Furundzija (apelación, 2000)*, fallo de la Sala de Apelaciones de 21 de julio de 2000, párr. 114.

del Estado en cuestión y, por tanto, el derecho de cesación y reparación (en sentido amplio) cuando esas leyes se aplican efectivamente. En cambio, en el caso de la tortura, el simple hecho de mantener en vigor o aprobar una ley contraria a la prohibición internacional de la tortura entraña la responsabilidad internacional del Estado. El valor de la abolición de la tortura es de tal magnitud que resulta imprescindible prohibir toda ley nacional que autorice o tolere esta práctica o, en cualquier caso, que pueda tener ese efecto.”¹⁴⁹

95. Por otro lado, siguiendo el razonamiento de la causa *Delalić*, la Sala de Primera Instancia afirma lo siguiente:

“151. Asimismo, la prohibición de la tortura impone a los Estados obligaciones *erga omnes*, es decir, obligaciones con relación a todos los demás miembros de la comunidad internacional, cada uno de los cuales tiene un derecho correlativo. Además, el incumplimiento de esas obligaciones vulnera el derecho correlativo de todos los miembros de la comunidad internacional y, al mismo tiempo, autoriza a cada uno de ellos a exigir que el Estado en cuestión cumpla su obligación o, cuando menos, ponga fin a su incumplimiento o no reincida.

152. Si existen órganos internacionales encargados de vigilar de manera imparcial la aplicación de las disposiciones de los tratados contra la tortura, éstos tienen prioridad sobre los distintos Estados a la hora de determinar si cierto Estado ha adoptado todas las medidas necesarias para prevenir o castigar el recurso a la tortura y, en caso contrario, exhortarlo a que cumpla sus obligaciones internacionales. Esos órganos permiten velar por el respeto del derecho internacional de manera neutral e imparcial.

153. Si bien la naturaleza *erga omnes* que se acaba de mencionar pertenece al ámbito de la coerción internacional (en sentido amplio), la otra característica fundamental del principio de prohibición de la tortura atañe a la jerarquía de las normas en el ordenamiento jurídico internacional. Debido a la importancia de los valores que protege, este principio se ha convertido en una norma imperativa o *jus cogens*, es decir, una norma que, dentro de la jerarquía internacional, disfruta de un rango más elevado que el derecho convencional e incluso que la normas del derecho consuetudinario “ordinario”. La consecuencia más notable de ello es que los Estados no pueden introducir excepciones a ese principio a través de tratados internacionales, costumbres locales o especiales o incluso normas consuetudinarias generales que no tengan el mismo valor normativo.

154. El valor de *jus cogens* de la prohibición de la tortura refleja claramente la idea de que ésta se ha convertido en una de las normas más fundamentales de la comunidad internacional. Además, esta prohibición está concebida para tener efectos disuasorios, en el sentido de que recuerda a todos los miembros de la comunidad internacional y a las personas bajo su autoridad que se trata de un valor absoluto que nadie puede conculcar.”¹⁵⁰

96. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se adhirió a esta postura según la cual la prohibición de la tortura es una norma imperativa en la causa *Al-Adsani c. Reino Unido*, donde señaló que “según varias decisiones judiciales, la prohibición

¹⁴⁹ *Furundzija* (nota 120 *supra*), párr. 150.

¹⁵⁰ *Ibid.*, párrs. 151 a 154.

de la tortura ya tiene valor de norma imperativa, es decir, de *jus cogens*”, y declaró, “sobre la base de estos precedentes jurisprudenciales, que la prohibición de la tortura se ha convertido en una norma imperativa de derecho internacional (...)”¹⁵¹.

97. Mucho antes de que dictara esta sentencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había tenido oportunidad de pronunciarse sobre la prohibición de expulsar a un solicitante de asilo por riesgo de sufrir torturas en la causa *Cruz Varas y otros c. Suecia* (1991). La causa tenía por objeto la expulsión de nacionales chilenos a su país de origen en la época en que el General Pinochet aún estaba en el poder en ese país. El Tribunal aplicó literalmente los pronunciamientos de la sentencia *Soering* y admitió que la decisión de expulsar a un demandante que solicitaba asilo podía entrañar la responsabilidad del Estado que los expulsaba con arreglo al Convenio Europeo de Derechos Humanos cuando existieran “razones serias y fundadas” para creer que el interesado correría, en el país de destino, “un riesgo real de ser sometido a torturas o a penas o tratos inhumanos o degradantes”¹⁵². En ese caso concreto, el Tribunal consideró que la expulsión del demandante a su país de origen no lo había expuesto a un riesgo real de sufrir tratos de esa índole y, por tanto, Suecia no había incumplido las exigencias del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

98. El Tribunal confirmó esta jurisprudencia en la causa *Vilvarajah y otros c. Reino Unido* (1991), que tenía por objeto la decisión del Reino Unido de devolver a su país de origen a cinco solicitantes de asilo de Sri Lanka. El Tribunal recordó que el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos prohibía devolver a un refugiado que corriera un riesgo real de sufrir malos tratos en su país, pero consideró, no obstante, que en ese caso concreto las personas devueltas no corrían ese riesgo. El Tribunal aplicó en este caso un “criterio nacional”, en lugar de un “criterio mínimo” internacional, y estimó que no se había acreditado que “la situación personal de los interesados fuera peor que la de la generalidad de los miembros de la comunidad tamil o los demás jóvenes tamiles de sexo masculino que regresaban a su país”. Es verdad que, debido a la inestabilidad de la situación, “corrían cierto riesgo de ser detenidos o de sufrir malos tratos, como al parecer ya les había ocurrido a algunos de ellos en el pasado”, pero su expulsión no constituía una infracción del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁵³.

99. Se ha resumido esta jurisprudencia de la siguiente manera:

“En primer lugar: debe haber razones serias y fundadas para creer que la medida de expulsión expondría al interesado a un riesgo real de sufrir tratos contrarios al artículo 3. En segundo lugar: el punto de vista es subjetivo, y lo que importa es que el interesado corra ese riesgo personalmente. En tercer lugar: la situación objetiva en el Estado tercero tiene carácter indicativo; la práctica generalizada de malos tratos hace más verosímil que el interesado también pueda sufrirlos. Y viceversa: si la situación del interesado no parece distinguirse de la del conjunto de la comunidad a la que pertenece, en el

¹⁵¹ *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, sentencia de 21 de noviembre de 2001, párrs. 60 y 61.

¹⁵² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 20 de marzo de 1991, Serie A, No. 201; sentencia publicada en *Revue universelle des droits de l'homme*, 1991, No. 209, párrs. 69 y ss.

¹⁵³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 30 de octubre de 1991, Serie A, No. 215, párrs. 104 y ss., en especial párr. 111; véase la sentencia publicada en *Revue universelle des droits de l'homme*, 1991, pág. 537.

territorio del Estado hacia el que debe producirse la expulsión, ello sería un argumento contrario a la existencia de un riesgo subjetivo suficiente.”¹⁵⁴

100. De esta jurisprudencia internacional, cuyo ejemplo más cabal es la causa *Furundzija*, se desprenden tres conclusiones principales¹⁵⁵. En primer lugar, la prohibición de la tortura abarca tanto los menoscabos efectivos de la integridad física y psicológica (o mental) del ser humano como los potenciales; por consiguiente, el Estado no sólo tiene la obligación de intervenir *a posteriori* para remediarlos, sino también el deber de prevenirlos de manera diligente, en particular mediante la abolición sin demora de las leyes contrarias a la norma de la prohibición¹⁵⁶. En segundo lugar, la prohibición de la tortura impone obligaciones *erga omnes*; todos los Estados tienen derecho e interés legítimo para actuar al amparo de esta norma¹⁵⁷. Por último, la prohibición de la tortura es una norma de *jus cogens*, a saber, una norma imperativa y absoluta que no admite excepciones en ninguna circunstancia. Es una de las normas que estructura el ordenamiento público internacional, en el que ocupa un rango elevado habida cuenta de los valores supremos que protege¹⁵⁸.

b. Tratos crueles, inhumanos o degradantes

i. Situación general

101. Como ya se ha indicado, la prohibición de las “penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” (fórmula de la Declaración Universal de Derechos Humanos) está recogida, con algunas diferencias de vocabulario, en los principales instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

102. Esos instrumentos jurídicos no definen las distintas categorías de actos que integran esta parte de la norma que prohíbe las violaciones de los derechos de la persona y que limita el derecho de expulsión del Estado. La jurisprudencia internacional ha colmado esta laguna, en particular el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en la causa *Delalić (Čelebići)*, antes citada. En esa causa, la Sala de Primera Instancia definió el “trato inhumano” de la siguiente manera:

“Los tratos inhumanos implican actos u omisiones que provocan graves sufrimientos físicos o psicológicos o que menoscaban gravemente la integridad física o mental o la dignidad humana. (...) En resumen, la Sala de Primera Instancia considera que un trato inhumano es un acto u omisión intencional, es decir, un acto que, juzgado de manera objetiva, es deliberado y no accidental, y que provoca graves sufrimientos mentales o físicos o menoscaba gravemente la dignidad humana.”¹⁵⁹

103. La diferencia fundamental con la definición de tortura es que, por una parte, el trato inhumano (degradante o cruel) no se inflige necesariamente para obtener

¹⁵⁴ R. Kolb (nota 131 *supra*), pág. 270. El autor recuerda que este criterio de “no discriminación” ha sido criticado por la doctrina; véase, en particular, F. Sudre, en L.-E. Pettiti, E. Decaux y P.-H. Imbert (nota 41 *supra*), pág. 174, nota 16.

¹⁵⁵ Véase R. Kolb (nota 131 *supra*), pág. 273.

¹⁵⁶ *Furundzija* (nota 120 *supra*), párrs. 148 a 150.

¹⁵⁷ *Ibid.*, párrs. 151 a 153.

¹⁵⁸ *Ibid.*, párrs. 153 a 157.

¹⁵⁹ *Delalić* (1998), párrs. 442 y 543; véase también *Blaskić* (2000), párr. 154.

información o una confesión y, por otra, que ese trato no debe ser infligido necesaria o exclusivamente por agentes del Estado o personas que actúen al amparo de éste.

104. En cuanto al “trato cruel”, la Sala, en esa misma causa, ofreció la siguiente definición:

“El trato cruel es un acto u omisión intencional, es decir, un acto que, objetivamente, es deliberado y no accidental, que provoca grandes sufrimientos o dolores físicos o mentales o que menoscaba gravemente la dignidad humana. Por ello, tiene el mismo significado y, por tanto, la misma función residual, a los efectos del artículo 3 del Estatuto, que el trato inhumano como infracción grave de los Convenios de Ginebra. Así pues, el crimen de tortura con arreglo al artículo 3 común a los Convenios de Ginebra también está comprendido en el concepto de trato cruel. Todo trato que no cumpla los requisitos relativos a la finalidad para poder calificarse de tortura en virtud del artículo 3 común es un trato cruel.”¹⁶⁰

105. A la luz de estas dos definiciones, resulta que el concepto de “trato cruel” es más amplio y comprende tanto el trato inhumano como determinados aspectos del crimen de tortura, que sin embargo no abarca completamente. Todos estos actos o tratos constituyen, no obstante, menoscabos de la dignidad humana. Tras el fallo en la causa *Delalić*, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia volvió a hacer referencia al menoscabo grave de la dignidad humana como consecuencia del trato inhumano en la causa *Aleksovski* (1999)¹⁶¹.

106. La lista de actos calificados de tratos crueles, inhumanos o degradantes es larga y variada, y sería engorroso hacer una relación de los actos de esa índole recogidos en la jurisprudencia. Es preferible extraer los criterios utilizados para esa calificación. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos recuerda, en reiterada jurisprudencia, que:

“para quedar comprendido en el artículo 3, los malos tratos deben tener un nivel mínimo de gravedad. La valoración de este nivel mínimo es, en esencia, relativa; depende del conjunto de circunstancias de la causa y, en particular, de la naturaleza y el contexto del trato, así como del modo de ejecución, su duración, sus consecuencias físicas o mentales y, en ocasiones, la edad y el estado de salud de la víctima.”¹⁶²

107. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos inauguró su jurisprudencia sobre la prohibición de extradición y, por extensión, de expulsión en razón del riesgo de sufrir tratos crueles, inhumanos o degradantes en la causa *Soering*. La cuestión central sobre la que debía pronunciarse el Tribunal era determinar si la extradición de una persona por un Estado parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos a un Estado tercero podía entrañar la responsabilidad del Estado parte, en virtud del artículo 3 del Convenio, en razón de los malos tratos que la persona extraditada podría sufrir en el país de destino. En su sentencia de 7 de julio de 1989, el Tribunal

¹⁶⁰ *Ibíd.*, párr. 552.

¹⁶¹ *Aleksovski* (1999), párr. 56; véase también *Blaskić* (2000), párr. 681.

¹⁶² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Irlande c. Royaume-Uni*, sentencia de 18 de enero de 1978, Serie A, No. 25, pág. 65, párr. 162; véase también, en el contexto de la extradición y de la expulsión, *Soering c. Royaume-Uni* (nota 129 *supra*), pág. 39, párr. 100; *Cruz Varas et autres c. Suède* (nota 152 *supra*), pág. 31, párr. 83.

respondió a esta pregunta en el sentido de que el Convenio no establecía, en sí mismo, un derecho a no ser extraditado; sin embargo:

“cuando una decisión afecta, por sus consecuencias, al ejercicio de un derecho garantizado por el Convenio, dicha decisión puede, si esas repercusiones no son demasiado remotas, hacer que surjan las obligaciones de un Estado contratante en virtud de la disposición correspondiente.”¹⁶³

108. Como se indicó en el párrafo 76 del presente informe, la doctrina denomina a este mecanismo “protección indirecta” (“protection par ricochet”)¹⁶⁴, cuyo principio se basa en el artículo 1 del Convenio y en el compromiso general de las Altas Partes Contratantes de reconocer los derechos definidos en el Convenio a “toda persona dependiente de su jurisdicción”¹⁶⁵.

109. Se podría sostener, como hizo el Gobierno demandado en la causa *Soering*, que el Estado que lleva a cabo la expulsión o la extradición no puede ser considerado responsable de la violación del Convenio, que sólo podría oponerse al Estado destinatario en que se hubieran infligido los malos tratos. La Comisión Europea de Derechos Humanos no compartió este punto de vista y reconoció en su informe que, en ciertos casos, la expulsión o la extradición podía entrañar la responsabilidad del Estado parte en el Convenio que la llevara a cabo si, por ejemplo, esa persona fuera a sufrir con toda seguridad torturas o tratos inhumanos o fuera a correr un riesgo grave de sufrirlos. La Comisión insistió en su informe en que la responsabilidad del Estado parte “se basaría en el hecho de que la persona expulsada o extraditada se vería expuesta a un trato inhumano o degradante en otro país”¹⁶⁶. De esta manera, la Comisión fue fiel a su jurisprudencia anterior, que recordó, por otra parte, en su informe¹⁶⁷.

110. La jurisprudencia *Soering* fue confirmada posteriormente en otras sentencias del Tribunal¹⁶⁸, siendo una de las más recientes la dictada el 26 de julio de 2005 en la causa *N. c. Finlandia*, relativa a la expulsión de un antiguo miembro de las fuerzas especiales de Mobutu, ex Jefe de Estado del Zaire, actual República Democrática del Congo. El Tribunal consideró que, al haber participado “en diversas operaciones destinadas a identificar a los disidentes considerados una amenaza” para Mobutu, había “motivos para pensar que el demandante podría encontrarse en una situación peor que la de la mayoría de los antiguos partidarios de Mobutu”; además, debido a un posible “deseo de venganza” de las personas

¹⁶³ *Soering c. Royaume-Uni*, sentencia de 7 de julio de 1989, Serie A, No. 161, párr. 85.

¹⁶⁴ G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme* (nota 127 *supra*), págs. 84 y 304; véase también F. Sudre, “Extradition et peine de mort : arrêt *Soering* de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 1989”, *Revue générale de droit international public*, 1990, pág. 108.

¹⁶⁵ *Ibid.*, pág. 109.

¹⁶⁶ Causa *Soering c. Royaume-Uni*, demanda No. 14038/88, informe de la Comisión de 19 de enero de 1989, párr. 96.

¹⁶⁷ Véase la decisión de 3 de mayo de 1983 en la causa *Altun c. République fédérale d'Allemagne*, demanda No. 10308/83, *Décisions et rapports*, vol. 36, págs. 209 a 235; decisión de 12 de marzo de 1984 en la causa *Kirkwood c. Royaume-Uni*, demanda No. 10479/83, *Décisions et rapports*, vol. 37, págs. 156 a 191.

¹⁶⁸ Véase, por ejemplo, la causa *D. c. Royaume-Uni*, en que el Tribunal consideró que el demandante corría el riesgo de sufrir tratos inhumanos (lo que constituía, por tanto, una violación del artículo 3 del Convenio) si se lo expulsaba a Saint Kitts a pesar de su estado crítico de salud y de la inexistencia de equipo médico adecuado en la isla.

próximas a los disidentes que habían sido víctimas de sus actividades, había “razones serias y fundadas para creer que el demandante correría un riesgo real de sufrir tratos contrarios al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (prohibición de tratos inhumanos) en caso de expulsión”. En consecuencia, el Tribunal instó a Finlandia a que no expulsara al interesado¹⁶⁹.

111. Esta obligación se basa en los fundamentos axiológicos del Convenio. Como escribió un antiguo magistrado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: “La prohibición absoluta de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos consagra valores fundamentales de las sociedades democráticas. En consecuencia, la actuación de un Estado parte sería incompatible con los valores que subyacen en el Convenio si, por abominable que fuera el delito imputado, entregara conscientemente a un fugitivo a otro Estado cuando existan razones fundadas para pensar que el interesado correría peligro de sufrir torturas [o malos tratos]”¹⁷⁰. Esta opinión concuerda con la conclusión del Tribunal en la causa *Soering*, según la cual, a pesar de no estar mencionada expresamente en el artículo 3 del Convenio:

“la obligación implícita de no extraditar abarca los casos en que el fugitivo correría el riesgo de ser sometido en el Estado de destino a penas o tratos inhumanos o degradantes prohibidos por dicho artículo.”¹⁷¹

112. Esta norma se aplica también a la expulsión¹⁷², con independencia de que la expulsión o la extradición ya decidida se ejecute o no. Como ha señalado un autor: “después de la Comisión, el Tribunal así lo decidió en su sentencia *Soering* de 7 de julio de 1989 (párr. 90). Tras las sentencias *Soering* (decisión de extradición a los Estados Unidos no ejecutada), *Cruz Varas*, de 20 de marzo de 1991 (expulsión a Chile ejecutada; A No. 201, párr. 70), y *Vilvarajah*, de 30 de octubre de 1991 (devolución de tamiles a Sri Lanka; A No. 215, párrs. 102 y 103), la solución del derecho europeo es perfectamente clara: desde el momento en que se ha adoptado una decisión al respecto, las expulsiones, extradiciones o devoluciones, sean efectivas o virtuales, pueden constituir tratos inhumanos o degradantes”¹⁷³.

113. No ocurre lo mismo cuando no se ha adoptado ningún acto de traslado a la frontera, como se desprende, por otra parte, de la causa *Vijayanathan y Pusparajah c. Francia*¹⁷⁴. En efecto, en los casos en que los órganos de vigilancia del Convenio Europeo desarrollan una jurisprudencia basada en la “violación inminente” en materia de expulsión, la limitan a los casos de medidas de traslado forzoso de extranjeros ya decididas pero no ejecutadas aún¹⁷⁵.

¹⁶⁹ Fuente: Agence France-Presse, 27 de julio de 2005. Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *N. v. Finland*, demanda No. 38885/02, sentencia de 26 de julio de 2005.

¹⁷⁰ Juan Antonio Carrillo Salcedo, comentario del artículo 1, en L.-E. Pettiti, E. Decaux y P.-H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme* (nota 41 *supra*), pág. 140.

¹⁷¹ *Soering c. Royaume-Uni*, sentencia de 7 de julio de 1989, Serie A, No. 161, párr. 88.

¹⁷² Véase F. Sudre, comentario del artículo 3, en L.-E. Pettiti, E. Decaux y P.-H. Imbert (nota 41 *supra*), pág. 163.

¹⁷³ *Ibid.*, pág. 173.

¹⁷⁴ Véase demanda No. 17550/90 y 17825/91, informe de la Comisión, 5 de septiembre de 1991, y sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 27 de agosto de 1992, Serie A, No. 241-B.

¹⁷⁵ Véase Ronny Abraham, comentario del artículo 25 del Convenio Europeo, en L.-E. Pettiti, E. Decaux y P.-H. Imbert (nota 41 *supra*), pág. 588.

114. ¿Qué ocurre en los casos en que se expulsa a una persona a un Estado donde corre el riesgo de sufrir actos de violencia, pero no cometidos por órganos del Estado sino por personas que actúan a título particular?

115. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo que pronunciarse sobre este supuesto en la causa *H.L.R. c. Francia* (1997). El demandante, en vías de expulsión a Colombia, invocaba el riesgo de sufrir actos de tortura o actos inhumanos en ese país cometidos por grupos privados, en ese caso los traficantes que lo habían reclutado para transportar droga. A partir de la causa *Soering* se amplió el alcance del artículo 3 del Convenio Europeo para abarcar los actos de las autoridades estatales que podían dar lugar a torturas en el Estado tercero infligidas por las autoridades de ese Estado. En la causa *H.L.R. c. Francia*, el Tribunal amplía aún más ese alcance para cubrir los riesgos de origen no estatal, siempre que el Estado tercero no esté en condiciones de proteger al interesado: considera que se vulnera el artículo 3 del Convenio Europeo de 1950 si un Estado expone a una persona a un peligro real de sufrir tratos inhumanos infligidos por personas que actúan a título particular. El Tribunal señaló lo siguiente:

“Debido al carácter absoluto del derecho garantizado, el Tribunal no excluye que el artículo 3 se aplique también cuando el peligro emane de personas o grupos de personas que no sean funcionarios públicos. Pero es preciso demostrar que el riesgo existe realmente y que las autoridades del Estado de destino no están en condiciones de hacerle frente mediante una protección adecuada.”¹⁷⁶

116. Los órganos de vigilancia creados en virtud de instrumentos universales de derechos humanos abrazan la jurisprudencia europea sobre la prohibición de expulsar a una persona a un Estado donde corre el riesgo de sufrir malos tratos. Como ya se señaló, el Comité de Derechos Humanos se pronunció en ese sentido en el caso *Mutombo c. Suiza* (1994), en que consideró que había “razones fundadas para creer que el Sr. Mutombo corría peligro de ser sometido a tortura”¹⁷⁷. En relación con el riesgo de sufrir malos tratos en general, incluidas por tanto la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes, el Comité se pronunció al respecto en el caso *Alzery c. Suecia*¹⁷⁸.

117. El denunciante, un químico y físico que ejercía la docencia en la Universidad de El Cairo, había participado activamente en una organización islamista de oposición. Gracias a un visado falso, había logrado entrar en la Arabia Saudita, donde vivió antes de partir hacia la República Árabe Siria, país que se vio obligado a abandonar porque había extraditado a varios ciudadanos egipcios a su país de origen. Gracias a un pasaporte danés falso, pudo entrar en Suecia, donde solicitó asilo inmediatamente y reconoció haber utilizado un pasaporte falso para entrar en el país. En apoyo de su solicitud de asilo, sostuvo que había sido agredido y torturado en Egipto, que tenía la impresión de estar vigilado y que su casa había sido registrada; que, después de haber salido de Egipto, habían ido a casa de sus

¹⁷⁶ *Recueil*, 1997 – III, No. 36, párr. 40; *Revue universelle des droits de l’homme*, 1997, pág. 60.

¹⁷⁷ Decisión de 27 de abril de 1994, A/49/44, anexo V, secc. B, comunicación No. 13/1993, párr. 9.3.

¹⁷⁸ Decisión de 25 de octubre de 2006, comunicación No. 1416/2005, A/62/40 (Vol. II), anexo VII, secc. II; *Revue universelle des droits de l’homme*, 2006, vol. 27, No. 9-12, págs. 391 y ss.

padres a buscarlo; que temía ser llevado ante un tribunal militar si regresaba a Egipto; y que tenía miedo de ser detenido y torturado¹⁷⁹.

118. La primera cuestión de fondo a la que debía responder el Comité era determinar si la expulsión del interesado de Suecia a Egipto lo exponía a un riesgo real de sufrir torturas u otros malos tratos en el Estado de destino, lo que constituiría una violación del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

“11.4 El Comité observa en el presente caso que el propio Estado parte ha admitido la existencia de un riesgo de maltrato que, sin más, habría impedido la expulsión del autor de conformidad con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos (véase párr. 3.6 *supra*). De hecho, el Estado parte se basó exclusivamente en las seguridades diplomáticas obtenidas para creer que el riesgo de un maltrato proscrito era lo bastante reducido como para que no se infringiera la prohibición de la devolución.

11.5 El Comité observa que las seguridades obtenidas no comprendían ningún mecanismo que permitiera supervisar su cumplimiento. Tampoco se adoptó disposición alguna fuera de las seguridades en sí para prever su aplicación efectiva. Las visitas del Embajador y de los funcionarios del Estado parte se iniciaron cinco semanas después del regreso, con lo que se descuidó un período de máxima exposición al riesgo de daños. Por otra parte, la mecánica de las visitas que tuvieron lugar incumplió aspectos fundamentales de las buenas prácticas internacionales, ya que no se insistió en tener acceso privado al detenido ni en que se realizaran exámenes médicos y forenses adecuados, incluso después de surgir importantes acusaciones de maltrato. A la luz de estos factores, el Estado parte no ha demostrado que las seguridades diplomáticas obtenidas fuesen, en realidad, suficientes en este caso para reducir el riesgo de maltrato a un nivel acorde a lo establecido en el artículo 7 del Pacto. Por consiguiente, la expulsión del autor constituyó una violación del artículo 7 del Pacto.”¹⁸⁰

119. El Relator Especial cree que la Unión Europea ha querido reflejar los aspectos esenciales de esta jurisprudencia, en particular la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el artículo 19 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, que lleva por título “Protección en caso de devolución, expulsión y extradición” y cuyo párrafo 2 establece lo siguiente:

“Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes.”

120. A la luz del análisis que precede sobre la prohibición de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos o degradantes y sobre la consiguiente obligación de los Estados de proteger contra esos malos tratos a todas las personas, incluidos los extranjeros residentes o en vías de expulsión, se propone el siguiente proyecto de artículo:

¹⁷⁹ *Ibíd.*, párr. 3.2.

¹⁸⁰ *Ibíd.*, págs. 406 y 407, párrs. 11.4 y 11.5.

Proyecto de artículo 11: Obligación de proteger a la persona en vías de expulsión contra la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes

- 1. Un Estado no podrá someter a una persona en vías de expulsión a tortura ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes en su territorio.**
- 2. Un Estado no podrá expulsar a una persona a un país en que exista un riesgo grave de que sea sometida a tortura o a tratos crueles, inhumanos o degradantes.**
- 3. Lo dispuesto en el párrafo 2 del presente artículo se aplicará igualmente cuando el riesgo emane de personas o grupos de personas que actúen a título particular.**

ii. Caso particular de los niños

121. Un último aspecto de la protección del extranjero en vías de expulsión contra los riesgos de malos tratos es la protección de los niños. La Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, establece un marco general de protección de esos derechos que engloba los riesgos de malos tratos. Según el artículo 2 de la Convención:

“1. Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.”

El párrafo 1 del artículo 3 establece, como complemento del artículo 2, una norma que resume la filosofía finalista que debe informar el cumplimiento de todas las obligaciones de los Estados con arreglo a la Convención:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

Y el artículo 37 precisa:

“Los Estados partes velarán por que:

- a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;
- b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño

se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.”

122. En el plano jurisprudencial, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce un amplio alcance a la protección otorgada por el artículo 3 del Convenio Europeo: por una parte, esta protección tiene, como recordó la Cámara del Consejo del Tribunal Correccional de Bruselas en la causa *Cajamarca Arizaga et sa fille Loja Cajamarca c. Belgique*, “un carácter absoluto, que no admite excepción alguna, ni siquiera en razón de la posible actitud censurable del extranjero que la invoca”; por otra parte, abarca a todos los seres humanos, sean adultos o niños. En la causa *Cajamarca Arizaga Ana et sa fille Loja Cajamarca Angélica*, las demandantes sostenían, en cuanto a los hechos, que la niña, de 11 años de edad, había sufrido un trauma importante debido a su detención y encierro. Invocaron “graves violaciones” del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Convención sobre los Derechos del Niño. En efecto, las demandantes habían sido trasladadas al aeropuerto y detenidas en el centro INAD. La Sra. Cajamarca declaró haber sido esposada y separada de su hija, lo que había agravado el trauma psicológico de la niña. La policía de Zaventem impidió categóricamente que las demandantes recibieran visitas de su abogado y de un médico, a pesar de la autorización en ese sentido de la Oficina de Extranjeros.

123. Desde el punto de vista jurídico, las demandantes sostenían que los malos tratos sufridos constituían tratos inhumanos y degradantes, incluso tortura, en particular habida cuenta de la corta edad y la extrema vulnerabilidad de Angélica; y que el derecho a la integridad física era un derecho fundamental cuya violación debía cesar inmediatamente, un derecho de orden público que el juez podía proteger de oficio sin necesidad de que las propias partes lo invocaran.

124. A este respecto, cabe señalar que en la sentencia *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, en la que se basó el Tribunal Correccional de Bruselas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había condenado a Bélgica por trato inhumano y degradante por haber recluso en el centro No. 127, durante dos meses, a un niño de 5 años. El Tribunal Europeo había considerado, asimismo, que la reclusión de un niño en las mismas condiciones que un adulto, en un centro cerrado, concebido inicialmente para adultos y, por tanto, no adaptado a las necesidades de su edad, constituía un trato inhumano y degradante contrario al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal había hecho hincapié en la extrema vulnerabilidad de los niños y señalado que incumbía al Estado belga protegerlos y hacerse cargo de ellos con medidas adecuadas, en virtud de las

obligaciones positivas que le imponía el artículo 3 del Convenio Europeo¹⁸¹. El Tribunal había precisado asimismo que esta vulnerabilidad de los niños “debe prevalecer sobre su situación administrativa”¹⁸². En efecto:

“habida cuenta de la prohibición absoluta del artículo 3 del Convenio, ha de tenerse presente que este elemento [la situación de extrema vulnerabilidad del niño] es determinante y prevalece sobre la condición de extranjero en situación de residencia ilegal.”¹⁸³

125. La Cámara del Consejo del Tribunal Correccional de Bruselas extrajo de ello la siguiente conclusión: “Los niños deben ser considerados, tratados y protegidos como tales, con independencia del carácter de su estancia en el país”¹⁸⁴. Es la quintaesencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo en la materia, jurisprudencia que amplía el alcance del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos al tiempo que explica indirectamente las disposiciones del artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, antes citado.

126. No hay ningún elemento que permita afirmar, no obstante, que el enunciado de esa conclusión exprese, a fecha de hoy, una norma de derecho consuetudinario. Puede decirse que ese enunciado refleja una acusada tendencia en la materia. Por lo demás, es difícil imaginar que pueda expresarse una oposición manifiesta a la filosofía protectora en que se basa la Convención sobre los Derechos del Niño y que se refleja en los instrumentos regionales, como la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño.

127. Habida cuenta de estas consideraciones, debe establecerse una norma específica de protección de los niños contra el riesgo de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes, que se aplique con independencia del carácter de su estancia en el país.

Proyecto de artículo 12: Caso específico de la protección del niño en vías de expulsión

- 1. El niño en vías de expulsión deberá ser considerado, tratado y protegido como tal, con independencia del carácter de su estancia en el país.**
- 2. Constituirán tratos crueles, inhumanos y degradantes, en especial en el caso de los niños, el hecho de permanecer detenido en las mismas condiciones que un adulto o por un plazo prolongado.**
- 3. La definición de niño a los efectos del presente artículo corresponderá a la contemplada en el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.**

¹⁸¹ El Tribunal desestimó de un plumazo las alegaciones de Bélgica en el sentido de que la familia del niño era la causa del perjuicio invocado y, por tanto, responsable de él. Esta jurisprudencia del Tribunal fue seguida por la Cámara del Consejo del Tribunal Correccional de Bruselas en su decisión de 4 de julio de 2007 en la causa *Cajamarca Arizaga et sa fille Loja Cajamarca c. Belgique*.

¹⁸² Fórmula de la Cámara del Consejo del Tribunal Correccional de Bruselas.

¹⁸³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, sentencia de 12 de octubre de 2006, párr. 55.

¹⁸⁴ Véase nota 181 *supra*.

iv) *El respeto de la vida privada y familiar de la persona en vías de expulsión*

128. Otra de las restricciones al derecho de expulsión del Estado es la obligación de respetar el derecho a la vida privada y familiar de las personas, incluidos los extranjeros en vías de expulsión. Este derecho está consagrado tanto en los instrumentos universales como en las convenciones regionales de protección de los derechos humanos. En el plano universal, si bien la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 no dice nada al respecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece, en su artículo 17, lo siguiente:

“1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia (...).

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

129. En ese mismo sentido, el apartado b) del párrafo 1 del artículo 5 de la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven establece que los extranjeros gozan del derecho “a la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en la intimidad, la familia, el hogar o la correspondencia”.

130. A nivel regional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos establece, en el párrafo 1 de su artículo 8, que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar (...)”. La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea reproduce *in extenso* esta disposición en su artículo 7. Y si bien la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, a pesar de otorgar gran importancia a la protección de la familia (véase el artículo 18), no recoge ese derecho, la Convención Americana sobre Derechos Humanos lo establece en el párrafo 2 de su artículo 11, en los mismos términos que el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, antes citado. Según el apartado c) de la sección III del Protocolo de la Convención Europea de Establecimiento¹⁸⁵, al pronunciarse sobre la expulsión, los Estados contratantes deberán, entre otras cosas, tener debidamente en cuenta los lazos familiares y la duración de la estancia en su territorio de las personas interesadas.

131. La jurisprudencia internacional ha precisado tanto el contenido del derecho a la vida privada y familiar como sus límites. En el caso *Canepa c. el Canadá*, el Comité de Derechos Humanos estableció un criterio para valorar la injerencia en la vida familiar, al declarar lo siguiente:

“La separación de una persona de su familia por medio de su expulsión podría considerarse como una injerencia arbitraria en la familia y como una violación del artículo 17 si en las circunstancias del caso la separación del autor de su familia y sus efectos sobre él fueran desproporcionados con respecto a los objetivos de su deportación.”¹⁸⁶

132. Se desprende así, por deducción o razonamiento *a contrario*, un criterio de proporcionalidad entre los intereses del Estado que expulsa (que son, en materia de expulsión, el orden público y la seguridad) y los intereses de la familia, en este caso

¹⁸⁵ Convención Europea de Establecimiento y su Protocolo, París, 13 de diciembre de 1955, Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 529, No. 7660, pág. 141.

¹⁸⁶ Dictamen emitido el 3 de abril de 1997, comunicación No. 558/1993, *International Human Rights Reports*, vol. 5 (1998), pág. 76, párr. 11.4.

la necesidad de preservar la vida familiar de la persona en vías de expulsión. Esto se desprende más claramente de la posición adoptada en un caso anterior, *Stewart c. el Canadá*, en que el Comité consideró que:

“(...) la perturbación de las relaciones familiares del Sr. Stewart, que será consecuencia inevitable de su deportación, no puede considerarse ilícita o arbitraria si la orden de deportación se dictó con arreglo a derecho, en defensa de los legítimos intereses del Estado y teniendo debidamente en cuenta las relaciones familiares del deportado.”¹⁸⁷

133. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde la exigencia del respeto de la vida familiar ocupa un lugar cada vez más importante, va en la misma dirección. Si bien en la causa *Abdulaziz y otros* el Tribunal había considerado, en 1985, que

“(...) se trata de un ámbito en que las Partes contratantes gozan de un amplio margen de apreciación para determinar, teniendo debidamente en cuenta las necesidades y recursos de la comunidad y de las personas, las medidas que han de adoptarse para asegurar el cumplimiento del Convenio.”¹⁸⁸

unos 10 años más tarde, en 1996, decidió, en la causa *C. c. Bélgica*, que la cuestión esencial era

“(...) determinar si en la expulsión en cuestión se había establecido un justo equilibrio entre los intereses en juego, a saber, por una parte el derecho del demandante al respeto de su vida privada y familiar y, por otra parte, la defensa del orden público y la prevención del delito.”¹⁸⁹

134. Así pues, el interés del Estado que expulsa en el mantenimiento del orden público y la seguridad parecer ser el criterio a la luz del cual la jurisprudencia valora si ha habido menoscabo o no de la vida privada o familiar. Sobre la base de este criterio, el Tribunal consideró, en las causas *Moustaquin*¹⁹⁰, *Beldjoudi*¹⁹¹ y *Nasri*¹⁹², que, con independencia del delito que se imputara a la persona, la expulsión era ilegal porque menoscababa la vida privada y familiar. El Tribunal ya se había pronunciado en el mismo sentido en la causa *Berrehad*, que tenía por objeto determinar si la decisión de repatriar a un padre a Marruecos a pesar de su derecho a visitar a su hija de 14 años, cuya guarda había sido confiada a su ex esposa, de nacionalidad neerlandesa, era una violación de su derecho al respeto de la vida familiar. Teniendo en cuenta las dificultades del demandante para desplazarse de Marruecos a los Países Bajos a fin de ejercer su derecho de visita, el Tribunal llegó

¹⁸⁷ Dictamen emitido el 1º de noviembre de 1996, comunicación No. 538/1993, *International Human Rights Reports*, vol. 4 (1997), pág. 429, párr. 12.10.

¹⁸⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 28 de mayo de 1985, Serie A, No. 94, págs. 33 y 34, párr. 67.

¹⁸⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 7 de agosto de 1996, *Décisions et rapports*, 1996 – III, pág. 924, párr. 32.

¹⁹⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 18 de febrero de 1991, Serie A, No. 193, págs. 18 a 20, párrs. 41 a 46.

¹⁹¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 26 de marzo de 1992, Serie A, No. 234, págs. 26 a 28, párrs. 71 a 80.

¹⁹² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 13 de julio de 1995, Serie A, No. 320 B, págs. 23 a 26, párrs. 34 a 46.

a la conclusión de que, en la práctica, la medida de expulsión impedía el ejercicio de ese derecho y, por tanto, infringía el artículo 8 del Convenio Europeo¹⁹³.

135. En cambio, en las causas *Boughanemi*¹⁹⁴, *C. c. Bélgica*¹⁹⁵, *Bouchelkia*¹⁹⁶ y *Boujlifa*, el Tribunal, al aplicar el criterio de proporcionalidad entre los intereses de la familia y los intereses del Estado que expulsa en materia de orden público y seguridad, parece haber otorgado una importancia decisiva a los delitos cometidos por los demandantes a la hora de valorar la decisión de expulsión. En la causa *Boujlifa*, especialmente ilustrativa de la acusada tendencia de la jurisprudencia del Tribunal, el demandante era un ciudadano marroquí que vivía y se había educado en Francia desde los 5 años, donde también vivían sus padres y sus ocho hermanos y hermanas. El demandante había sido condenado por robo y robo a mano armada y las autoridades francesas habían decidido expulsarlo a Marruecos. A pesar de los muchos años que había residido en Francia y de que toda su familia se encontraba en ese país, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que “los imperativos de orden público priman sobre las consideraciones de carácter personal en que se basa la demanda”¹⁹⁷. En otras palabras, cualquier menoscabo del respeto de la vida privada y familiar de una persona, en este caso de una persona en vías de expulsión, debe ser proporcional a los objetivos perseguidos por el Estado que expulsa¹⁹⁸.

136. El Tribunal fue mucho más lejos en la causa *Boughanemi* al considerar que la expulsión del demandante no era contraria al artículo 8 del Convenio Europeo, basándose en que el Sr. Boughanemi había conservado su nacionalidad tunecina y, al parecer, nunca había intentado adquirir la nacionalidad francesa; que había mantenido vínculos con Túnez más allá del mero hecho de tener la nacionalidad de ese país, como sostenía el Gobierno del Estado que lo expulsaba; y que no había invocado ante la Comisión Europea de Derechos Humanos que no sabía hablar árabe o que había roto todo vínculo con su país de nacimiento, o que no había regresado a él¹⁹⁹.

¹⁹³ *Berrehab c. Pays-Bas*, sentencia de 21 de junio de 1988, Serie A No. 138, pág. 16, párr. 29; y observaciones de Carlo Russo, antiguo Magistrado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en L.-E. Pettiti, E. Decaux y P.-H. Imbert (nota 41 *supra*), pág. 318.

¹⁹⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 24 de abril de 1996, *Reports of Judgements and Decisions* (1996-II), pág. 610.

¹⁹⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 7 de agosto de 1996 (nota 189 *supra*), págs. 924 y 925, párr. 35.

¹⁹⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 29 de enero de 1997, *Reports of Judgements and Decisions* (1997-I), pág. 63, párr. 41.

¹⁹⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 21 de octubre de 1997, *Reports of Judgements and Decisions* (1997-VI), pág. 2265, párr. 44.

¹⁹⁸ Un juez del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, designado para sustituir al Presidente, aplicó rigurosamente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia, al subrayar en su resolución de 30 de julio de 2007 en la causa *Cajamarca Arizaga et sa fille* que “cualquier menoscabo del derecho al respeto de la vida privada y familiar de una persona debe, entre otras cosas, ser necesario en una sociedad democrática, es decir, debe ser proporcional a los objetivos perseguidos, de conformidad con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos” (R.R. No. 07/5726/B Req. Cajamarca Arizaga Ana).

¹⁹⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 24 de abril de 1996 (nota 194 *supra*), pág. 610, párr. 44. Véase también la decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso *Ngoc Si Truong c. el Canadá*, comunicación No. 743/1997: Canadá 05/05/2003, CCPR/C/77/D/743/1997 (Jurisprudence); y el caso *Benjamin Ngambi y Marie-Louise Nébol c. Francia* (Comité de Derechos Humanos: comunicación No. 1179/2003: France 16/07/2004), donde no se podía hablar de menoscabo de la vida familiar porque en ese caso no había familia, ya que el

137. ¿Ha de concluirse que el extranjero debe romper todos los lazos y todos los vínculos sociales y culturales con su país para quedar protegido frente a una posible expulsión? El análisis de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal (de la que se acaban de recordar algunos hitos) permite extraer elementos para responder a esta pregunta.

138. Hasta la sentencia *Ezzouhdi* (2001), que se analizará más adelante, en muchos comentarios se distinguían dos períodos en la jurisprudencia del Tribunal en esta materia. Un primer período inaugurado por la sentencia *Moustaquim c. Bélgica*²⁰⁰, primera vez que la expulsión de un extranjero fue considerada una infracción del artículo 8, seguida por las sentencias *Beldjoudi*²⁰¹ *c. Francia* y *Nasri*²⁰², en ese mismo sentido. Se consideró entonces que el Tribunal era especialmente benévolo con los inmigrantes de segunda generación, que se beneficiaban así de su protección contra la expulsión.

139. El segundo período de esa evolución jurisprudencial comenzó en 1996 con la sentencia *Boughanemi*, antes citada, que negó que se hubiera vulnerado el artículo 8 en razón de la expulsión, y que fue seguida por sentencias o decisiones sobre la admisibilidad en las causas *Chorfi c. Bélgica*²⁰³, *Boulchekia*²⁰⁴, *El Bouja*²⁰⁵, *Boujlifa*²⁰⁶, *Dalia*²⁰⁷, *Benrachid*²⁰⁸, *Baghli*²⁰⁹, *Farah c. Suecia*²¹⁰ y *A. c. Noruega*²¹¹, todas en el mismo sentido. Se dedujo entonces que el Tribunal había endurecido su posición, sin tener en cuenta que, mientras se producía esta tendencia jurisprudencial, el Tribunal había considerado que se había producido una infracción del artículo 8 en su sentencia de 26 de septiembre de 1997 en la causa *Mehemi c. Francia*, relativa a un extranjero nacido en Francia, casado y padre de tres hijos, y condenado a seis años de prisión y a abandonar definitivamente el territorio francés por tráfico de hachís. No cabe duda de que, en ese caso, el Tribunal hizo una distinción entre el cannabis y el hachís, por una parte, y la heroína, por otra, sustancia presente en las causas *El Bouja*, *Dalia*, *Baghli*, *Farah* y *A. c. Noruega*, antes citadas.

140. La sentencia dictada el 13 de febrero de 2001 en la causa *Ezzouhdi c. Francia*²¹² permitió al Tribunal completar su jurisprudencia sobre esta cuestión de la expulsión en relación con el respeto del derecho a la vida privada y familiar y, al mismo tiempo, poner de manifiesto la coherencia de una jurisprudencia que se creía

demandante había invocado un certificado de matrimonio falso: la reunificación familiar solicitada no podía, por tanto, producirse.

²⁰⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 18 de febrero de 1991 (nota 190 *supra*).

²⁰¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 26 de marzo de 1992 (nota 191 *supra*).

²⁰² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 13 de julio de 1995 (nota 192 *supra*).

²⁰³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 7 de agosto de 1996.

²⁰⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 29 de enero de 1997.

²⁰⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 26 de septiembre de 1997.

²⁰⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 21 de octubre de 1997.

²⁰⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 19 de febrero de 1998.

²⁰⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 8 de diciembre de 1998.

²⁰⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 30 de noviembre de 1999.

²¹⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 24 de agosto de 1999.

²¹¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 21 de marzo de 2000.

²¹² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda No. 471 160/99, sentencia de 13 de febrero de 2001.

llena de fisuras cuando en realidad no eran más que matices²¹³. El Sr. Ezzouhdi era un ciudadano marroquí nacido en 1970 que vivía en Francia desde los 5 años. Había estado escolarizado hasta los 16 años, edad a la cual había abandonado la escuela. Su padre había fallecido en 1995, pero su madre y sus dos hermanas vivían en Francia. Entre 1993 y 1997 se le habían impuesto tres condenas penales, una de ellas por posesión, adquisición y uso de estupefacientes, concretamente cannabis. En 1997 había sido condenado por el Tribunal Correccional de Bourg-en-Bresse a 18 meses de prisión y a la expulsión definitiva del territorio francés por adquisición y consumo de heroína, cocaína y hachís. El Tribunal de Apelaciones confirmó la expulsión del territorio y agravó la pena privativa de libertad, aumentándola a dos años. El Sr. Ezzouhdi presentó un recurso de casación, que no prosperó. Interpuso entonces una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos argumentando que Francia había violado el artículo 8 del Convenio Europeo.

141. En su sentencia de 13 de febrero de 2001, el Tribunal se pronunció sucesivamente sobre los dos párrafos del artículo 8.

142. Por lo que respecta al párrafo 1, la cuestión consistía en determinar si el demandante podía invocar en Francia una vida privada y familiar que se vería menoscabada por la medida de expulsión. El Tribunal respondió afirmativamente, tras recordar la fecha de llegada a Francia del Sr. Ezzouhdi, la edad que tenía entonces, el hecho de que hubiera ido a la escuela en ese país y que trabajara en él. En realidad, en ese momento la única cuestión suscitada por el Gobierno francés era la de determinar si un soltero sin hijos tenía vida familiar a los efectos del párrafo 1 del artículo 8. En otras palabras, ¿la demanda presentada tenía por objeto el menoscabo de la vida privada y familiar del demandante o únicamente de su vida privada? El Tribunal consideró que sus lazos familiares con su madre y sus hermanas y hermanas, que residían en Francia, bastaban para considerar que existía una vida familiar. Cabe recordar que, según el Comité de Derechos Humanos, el término “familia” en el sentido del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

“se ha de tomar en sentido lato de modo que abarque a todas las personas de la familia según la sociedad de que se trate. No es óbice, necesariamente, para protegerla en un caso particular la falta de lazos matrimoniales formales, en especial cuando exista una práctica local de amancebamiento. Tampoco afecta forzosamente a la protección de la familia la distancia geográfica, la infidelidad o la falta de vida marital. No obstante, primero tiene que haber lazos familiares que proteger.”²¹⁴

Y no cabe duda de que, en este caso, existían esos lazos familiares entre el interesado y su madre, así como sus hermanos y hermanas.

143. Otro argumento a favor del demandante aceptado por el Tribunal fue la inexistencia de vínculos entre el Sr. Ezzouhdi y su país natal, al margen de su nacionalidad: sólo había vivido en Marruecos durante los primeros años de su

²¹³ En relación con esta sentencia, véanse en particular las observaciones de Brigitte Jarreau, “L'éloignement des étrangers : interdiction définitive du territoire français (arrêt Ezzouhdi et Abdouni des 13 et 27 février 2001)”, Centre de recherches et d'études sur les droits de l'Homme et le droit humanitaire, actas de la octava sesión de información, www.credho.org/cedh/session08/session08-06-01.htm, consultado el 16 de marzo de 2009.

²¹⁴ Caso *Benjamin Ngambi y Marie-Louise Nébol c. Francia*, comunicación No. 1179/2003: France 16/07/2004, CCPR/C/81/D/1179/2003 (Jurisprudence).

infancia, afirmaba que no sabía hablar árabe y el Gobierno francés no había aportado pruebas de que tuviera otros vínculos con ese país.

144. El Tribunal pasó entonces a realizar un control de proporcionalidad, consistente en comprobar si la medida de expulsión respondía a un justo equilibrio de los intereses en juego, a saber, el derecho del demandante al respeto de su vida privada y familiar, por una parte, y la defensa del orden público, la prevención del delito y la protección de la salud, por otra. Según el Tribunal, la gravedad de las infracciones cometidas por el demandante era un elemento esencial para valorar esa proporcionalidad. En este caso, el Tribunal restó importancia a las infracciones imputadas al Sr. Ezzouhdi, al señalar que había sido condenado por uso y consumo de drogas y no por su cesión a título oneroso. En su opinión, estos hechos no constituían una amenaza grave para el orden público, a pesar de la reincidencia del demandante. El Tribunal llegó a la conclusión de que no había proporcionalidad entre las infracciones cometidas por el demandante y el menoscabo de su vida privada y familiar que resultaba de la medida de expulsión, y añadió, como última consideración, que “el carácter definitivo de la expulsión es especialmente riguroso”.

145. Con la sentencia *Ezzouhdi*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reanudaba, unos tres años después de la sentencia *Mehemi*, antes citada, su jurisprudencia en la que declaraba la infracción del artículo 8 del Convenio Europeo en razón de una medida de expulsión. Sin embargo, no es seguro que esta sentencia suponga realmente una evolución, y menos aún una quiebra de la jurisprudencia del Tribunal en favor de los demandantes. Se trata, en el fondo, “de una decisión coherente con los pronunciamientos precedentes, en sentido contrario, ciertamente, pero únicamente porque los hechos del caso concreto lo exigían”²¹⁵. Lo que el Tribunal exige en todo caso (sin establecer diferencias entre familia “legítima” y familia “natural”) es que, con independencia del alcance de los lazos, la “vida familiar” que resulte de ellos debe existir previamente y ser efectiva, y caracterizarse por relaciones reales y suficientemente estrechas entre sus miembros²¹⁶, que pueden adoptar la forma de vida en común, de dependencia económica (por ejemplo en el caso de los hijos menores de edad²¹⁷), de un derecho de visita que se ejerce con regularidad²¹⁸ o incluso de relaciones continuas entre un padre y sus hijos ilegítimos²¹⁹.

146. Por lo que respecta al párrafo 2 del artículo 8, la doctrina²²⁰ y algunos magistrados del Tribunal en sus opiniones disidentes se han preguntado por el lugar que ocupa el derecho al respeto de la vida privada en relación con el derecho a la

²¹⁵ B. Jarreau (nota 213 *supra*), pág. 3.

²¹⁶ Véase Carlo Russo, comentario del artículo 8, párrafo 1, en L.-E. Pettiti, E. Decaux y P.-H. Imbert (nota 41 *supra*), pág. 316.

²¹⁷ Demanda No. 2991/66, *Alam e Klan c. Royaume-Uni*, *Annuaire* No. 2 (1968), pág. 789; demanda No. 8244/78, *Singh Uppal c. Royaume-Uni*, *Décisions et rapports* 17, pág. 149, y *Décisions et rapports* 20, pág. 29.

²¹⁸ *Berrehab c. Pays-Bas*, decisión de 8 de marzo de 1985, informde de 7 de octubre de 1986, sentencia de 21 de junio de 1988, Serie A, No. 138.

²¹⁹ *Requête No. 3110/67 c. République fédérale d'Allemagne*, *Décisions et rapports* 27, págs. 77 a 91; *requête No. 8924/80 c. Suisse*, *Décisions et rapports* 24; *requête No. 7289/76 c. Suisse*, *Décisions et rapports* 9, pág. 57.

²²⁰ Véase, por ejemplo, C. Van Muyler, “Le droit au respect de la vie privée des étrangers”, *Revue française de droit administratif*, julio-agosto 2001, pág. 797.

vida familiar. El Tribunal abordó específicamente el derecho a la vida privada en la sentencia dictada el 21 de octubre de 1997 en la causa *Boujlifa*, antes citada, aunque con escasos beneficios para el demandante. Así pues, la cuestión que sigue planteándose es: ¿existe una fusión entre vida privada y vida familiar? ¿No es ésta más que un componente de aquélla? En este punto, la sentencia *Ezzouhdi* confirmó la fórmula de la sentencia *Baghli*, antes citada, sin resolver realmente la cuestión. Sin embargo, es innegable que la vida privada y la vida familiar no siempre coinciden, y que un soltero, por ejemplo, puede tener una vida privada distinta de su vida familiar, que existe a pesar del celibato, como puso de manifiesto la causa *Ezzouhdi*. Así, sería conveniente que, en el marco del control de proporcionalidad en materia de expulsión, se diera un peso equivalente a estos dos componentes de los derechos previstos en el párrafo 1 del artículo 8.

147. Como puede verse, no parece que pueda considerarse, en el estado actual del derecho internacional relativo a los derechos humanos, que la exigencia del respeto de la vida privada y de la vida familiar en materia de expulsión sea una norma de derecho consuetudinario. Tal exigencia, que se desprende del derecho a la vida privada y familiar consagrado, como se ha visto, en algunos de los principales instrumentos jurídicos internacionales sobre derechos humanos, parece ser, a la luz de la jurisprudencia bastante embrionaria del Comité de Derechos Humanos y de la jurisprudencia, más abundante, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una obligación generalizable y ampliable a la expulsión. Sobre esta base, y habida cuenta de lo expuesto anteriormente, se propone el siguiente proyecto de artículo:

Proyecto de artículo 13: Obligación de respetar el derecho a la vida privada y a la vida familiar

- 1. El Estado que expulsa respetará el derecho a la vida privada y a la vida familiar de la persona en vías de expulsión.**
- 2. Dicho Estado sólo podrá dejar sin efecto el derecho contemplado en el párrafo 1 del presente artículo en los casos previstos por la ley y con observancia de un justo equilibrio entre los intereses del Estado y los de la persona en cuestión.**

v) *No discriminación*

148. A diferencia de las normas ya expuestas, la no discriminación “no tiene su origen en el núcleo primario de derechos humanos”²²¹. Los elementos constitutivos y los modos de aplicación de este “principio”, presente en diversos ámbitos del derecho internacional, difieren según se aplique a las relaciones entre Estados, entre Estados y particulares o entre particulares. Las relaciones que existen en los casos de expulsión son relaciones entre Estados y particulares. Por lo que respecta a este tipo de relaciones, el principio de no discriminación apareció por primera vez en los tratados de paz, en forma de normas destinadas a proteger a las minorías y las poblaciones y territorios bajo mandato. Así, la Corte Permanente de Justicia Internacional precisó, en su opinión consultiva relativa a los *Colonos de origen alemán en Polonia*, que “es preciso que haya igualdad de hecho, y no sólo igualdad formal ante la ley, en el sentido de que los términos de la ley eviten que se

²²¹ Emmanuel Roucouñas, “*Facteurs privés et droit international public*”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 2002, vol. 299, pág. 159.

establezca un trato diferenciado”²²². La Corte aclaró su postura en el fallo emitido en la causa de las *Escuelas de minorías en Albania* al añadir que “la igualdad ante la ley excluye toda discriminación; en cambio, la igualdad de hecho puede exigir un trato diferenciado a fin de lograr un equilibrio entre situaciones diferentes”²²³.

149. En el ámbito de los derechos humanos y las libertades públicas, la norma de no discriminación surge como corolario del principio general de igualdad de las personas ante la ley²²⁴, teniendo presente, no obstante, que son dos conceptos distintos²²⁵. Así, la norma de no discriminación está consagrada, con fórmulas que varían, en diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Según el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”. Por su parte, el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que cada uno de los Estados partes en el Pacto “se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. El párrafo 1 del artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño sigue ese mismo enfoque, mientras que el párrafo 2 del mismo artículo establece que los Estados partes “tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”. Por su parte, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer²²⁶ establece en su artículo 2 que los Estados partes “condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas” y se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para prohibir, eliminar o sancionar esa discriminación. En su artículo 1 define la expresión “discriminación contra la mujer” como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”. Los demás instrumentos jurídicos internacionales cuya finalidad es proteger a determinadas categorías de personas frente a la discriminación responden a esta misma

²²² Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie B No. 6, opinión consultiva de 10 de septiembre de 1923, pág. 24.

²²³ Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie A/B, fallo de 6 de abril de 1935, pág. 19.

²²⁴ Véase Ph. Veglérís, “Le principe d’égalité dans la Déclaration universelle et la Convention européenne des droits de l’homme”, *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, vol. I, Bruselas, 1972, pág. 427 y ss.; W. Mekean, *The Meaning of Discrimination Under International Law*, Oxford, 1983; E. Vierdag, *The Concept of Discrimination in International Law*, La Haya, 1973; y E. Roucouas (nota 221 *supra*), págs. 160 y 161.

²²⁵ Véase D. Mc Rae, “The Contribution of International Trade Law to the Development of International Law”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 1996, vol. 260, pág. 166; T. Opsahl, *Law and Equality. Selected Articles on Human Rights*, Oslo, 1996, págs. 171 y ss.

²²⁶ Aprobada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979; entró en vigor el 3 de septiembre de 1981.

concepción: pretenden prevenir actos o conductas que tienen por objeto o resultado una discriminación. Así ocurre con la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones²²⁷ y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial²²⁸.

150. La norma de no discriminación también figura en los principales instrumentos regionales de protección de los derechos humanos. Es el caso por ejemplo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyo artículo 14 recoge esta idea sin emplear la palabra, y el Protocolo No. 12 adicional al Convenio Europeo, abierto a la firma el 11 de noviembre de 2000, que amplía el ámbito de aplicación de dicho artículo 14. Con una formulación distinta de las del Convenio Europeo y el Protocolo No. 12, que consagran el derecho a disfrutar sin discriminación de los derechos y libertades enumerados, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea hace hincapié desde un principio en la idea de prohibición de la discriminación. A tenor del párrafo 1 de su artículo 21, “se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”. Cabe señalar que, por lo que respecta a la orientación sexual, el estado del derecho en los países occidentales dista mucho de reflejar la situación general²²⁹. Por último, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos adopta un enfoque original sobre la no discriminación, cuya referencia parece más axiológica que jurídica. En efecto, según el artículo 28 de esta Carta, “todo individuo tendrá el deber de respetar y considerar a sus semejantes sin discriminación, y de mantener relaciones encaminadas a promover, salvaguardar y fortalecer el respeto y la tolerancia mutuos”. De todas las disposiciones mencionadas, ésta es la única que indica claramente y de manera positiva la conducta que ha de seguirse para asegurar la no discriminación. En este sentido, reviste interés en relación con los derechos que han de protegerse en materia de expulsión de extranjeros.

151. Lo que debe determinarse es cómo puede aplicarse la norma de no discriminación en materia de expulsión si se admite el principio de no expulsión de los nacionales. No puede descartarse que la expulsión de un extranjero pueda deberse a una discriminación respecto de los nacionales. Por esta razón, el artículo 7 de la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven prohíbe “la expulsión individual o colectiva de [los] extranjeros [que se hallen legalmente en el territorio de un Estado] por motivos de raza, color, religión, cultura, linaje u origen nacional o étnico”. Pero parece

²²⁷ Proclamada por la Asamblea General el 25 de noviembre de 1981 (resolución 36/55), artículo 2.

²²⁸ Aprobada por la Asamblea General el 21 de diciembre de 1965 (resolución 2106 (XX)), entró en vigor el 4 de enero de 1969, artículo 2. En relación con esta Convención y la norma de no discriminación, véase en particular E. Decaux (dir.), *Le droit face au racisme*, París, Pedone, 1999, y S. Fredman (dir.), *Discrimination and Human Rights. The Case of Racism*, 2001.

²²⁹ Existe una abundante jurisprudencia europea y de los tribunales norteamericanos, en particular en los Estados Unidos (véase, a este respecto, Samuel M. Silvers, “The Exclusion and Expulsion of Homosexual Aliens”, *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 15 (1983-1984), págs. 295 a 332). Al mismo tiempo, se puede observar que la homosexualidad sigue tipificada como delito en numerosos países de África, en el mundo árabe y en Asia, donde ya estaba tipificada, e incluso se ha tipificado en algunos países donde no lo estaba, como Burundi, que aprobó una ley en ese sentido en marzo de 2009.

bastante obvio que en este caso también debe contemplarse la no discriminación entre los extranjeros que se exponen a una expulsión. La idea es, por tanto, que en materia de expulsión no sólo no debe haber discriminación entre los extranjeros y los nacionales, sino tampoco entre las distintas categorías de extranjeros, en particular por motivos de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), a lo que el Convenio Europeo añade, como se ha visto, la “pertenencia a una minoría nacional” (artículo 14 del Convenio y párrafo 1 del artículo 1 del Protocolo No. 12).

152. Así, en el caso denominado de las *Mujeres mauricianas*, el Comité de Derechos Humanos consideró ilegal la expulsión porque la legislación establecía una discriminación por razón de sexo, al proteger de la expulsión a las esposas de nacionalidad mauriciana pero no a los maridos de la misma nacionalidad²³⁰. Cabe pensar que la no discriminación entre extranjeros en materia de expulsión tiene un fundamento jurídico pertinente en los distintos instrumentos internacionales antes citados, que consagran esta norma como uno de los elementos de la protección dispensada a las categorías específicas de personas a que se refieren.

153. En su sentencia de 28 de mayo de 1985 en la causa *Abdulaziz, Cabales y Balkandi*²³¹, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos siguió la postura adoptada por el Comité de Derechos Humanos en el caso de las *Mujeres mauricianas*, antes citado. En efecto, el Tribunal declaró, por unanimidad, que cada una de las demandantes había sido víctima de una discriminación por razón de sexo contraria al artículo 14 del Convenio Europeo: a diferencia de los inmigrantes varones establecidos en el Reino Unido, las demandantes no tenían derecho, en la misma situación, a obtener para sus cónyuges no nacionales permisos de entrada y residencia en el país. Tras señalar que “el avance hacia la igualdad entre los sexos es hoy en día un objetivo importante de los Estados miembros del Consejo de Europa”, el Tribunal estimó que “una distinción basada en el sexo sólo podría considerarse compatible con el Convenio por razones muy poderosas”²³². También subrayó que el artículo 14 pretendía “impedir la discriminación en el goce de los derechos garantizados por el Convenio en aquellos casos en que existen diversas maneras de cumplir las obligaciones que se derivan de él”²³³. En cambio, el Tribunal consideró que, en ese caso, el hecho de que las normas aplicables afectaran “a menos personas blancas que de otra raza” no era motivo suficiente para atribuirles carácter racista, ya que no había ninguna “cláusula que estableciera distinciones entre personas o grupos sobre la base de su raza o de su origen étnico”²³⁴.

²³⁰ Dictamen emitido el 9 de abril de 1981, comunicación No. R 9/35, reproducido parcialmente en *Human Rights Law Journal*, vol 2 (1981), pág. 139, párr. 9.2.

²³¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Abdulaziz, Cabales et Balkandi c. Royaume Uni*, sentencia de 28 de mayo de 1985, Serie A, No. 94; Marc Bossuyt recordó los pasajes pertinentes de esta sentencia en su comentario del artículo 14 en L.-E. Pettiti, E. Decaux y P.-H. Imbert (nota 41 *supra*), págs. 482 y 483.

²³² *Ibid.*, párr. 78.

²³³ *Ibid.*, párr. 82.

²³⁴ *Ibid.*, párr. 85.

154. De lo expuesto anteriormente se desprende que:

- La norma de no discriminación está ampliamente establecida en el derecho escrito relativo a los derechos humanos, y esos derechos, por su propia naturaleza, han de ser aplicados sin discriminación a las categorías de personas de que se trate;
- Dicha norma está consagrada, en materia de expulsión, por la jurisprudencia de los órganos encargados de vigilar la aplicación de los instrumentos de derechos humanos, si bien esa jurisprudencia se basa aún en un número muy limitado de casos;
- La prohibición de discriminación en materia de derechos humanos en general, y de expulsión en particular, “no tiene una existencia independiente”²³⁵, en el sentido de que sólo tiene significado si se aplica en relación con un derecho o libertad enunciado;
- Los instrumentos jurídicos y la jurisprudencia examinados no pretenden enumerar de manera exhaustiva los distintos elementos en que puede basarse una discriminación.

155. También en este caso, la norma ha de formularse no en términos de derechos de que deben disfrutar todos sus titulares sin discriminación, sino de obligación impuesta al Estado de no aplicar los derechos en cuestión de manera discriminatoria.

156. A la luz de todos estos análisis y observaciones, se propone el siguiente proyecto de artículo:

Proyecto de artículo 14: Obligación de no discriminar

- 1. El Estado ejercerá su derecho de expulsión sin discriminar a las personas afectadas, en particular por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, patrimonio, nacimiento o cualquier otra condición.**
- 2. La no discriminación se aplicará asimismo al disfrute por la persona en vías de expulsión de los derechos y libertades previstos tanto en las normas internacionales de derechos humanos como en la legislación del Estado que expulsa.**

²³⁵ M. Bossuyt, en L.-E. Pettiti, E.-Decaux y P.-H. Imbert (nota 41 *supra*), pág. 478.