EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

[Tema 7 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/581

Tercer informe sobre la expulsión de extranjeros, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial

[Original: francés]
[19 de abril de 2007]

ÍNDICE

	Párrafos	*Página*
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe		116
Obras citadas en el presente informe		116
PRINCIPIOS GENERALES	1-135	118
A. Derecho de expulsión	6-23	119
1. Un derecho inherente	8-14	119
2. Un derecho no absoluto	15-22	121
a) Planteamiento del problema	15-18	121
b) Límites intrínsecos del ordenamiento jurídico internacional	19-22	121
Proyecto de artículo 3. Derecho de expulsión	23	122
B. Un derecho que debe ejercerse respetando las normas fundamentales del derecho internacional	24-135	122
1. Límites relativos a las personas expulsadas	28-135	123
a) Principio de no expulsión de los nacionales	28-57	123
i) Principio	34-49	123
ii) Excepciones	50-56	126
Proyecto de artículo 4. No expulsión por un Estado de sus propios nacionales	57	128
b) Principio de no expulsión de un refugiado	58-81	128
i) Principio	61-74	128
ii) Excepciones	75-80	131
Proyecto de artículo 5. No expulsión de refugiados	81	132
c) Principio de no expulsión de los apátridas	82-96	132
Proyecto de artículo 6. No expulsión de apátridas	96	134
d) Principio de no expulsión colectiva	97-135	134
i) En tiempo de paz	98-115	134
ii) En tiempo de guerra	116-134	137
Proyecto de artículo 7. No expulsión colectiva	135	140

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	Fuente
Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania (Tratado de Versalles) (Versalles, 28 de junio de 1919)	Enrique Díaz Retg, *Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania*, Barcelona, Ed. ALSA, 1919.
Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 75, n.os 970-973, pág. 31. En español, véase CICR, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 10.ª ed., Ginebra, 1953, pág. 105.
Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV)	Ibíd.
Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio europeo de derechos humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 213, n.º 2889, pág. 221. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 243, 10 de octubre de 1979.
Protocolo n.º 4 al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Estrasburgo, 16 de septiembre de 1963)	Ibíd., vol. 1496, n.º 2889, pág. 265.
Convención sobre el estatuto de los refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951)	Ibíd., vol. 189, n.º 2545, pág. 137.
Protocolo sobre el estatuto de los refugiados (Nueva York, 31 de enero de 1967)	Ibíd., vol. 606, n.º 8791, pág. 267.
Convención sobre el estatuto de los apátridas (Nueva York, 28 de septiembre de 1954)	Ibíd., vol. 360, n.º 5188, pág. 117.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 999, n.º 14668, pág. 241.
Convención de la OUA que regula los aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África (Addis Abeba, 10 de septiembre de 1969)	Ibíd., vol. 1001, n.º 14691, pág. 45.
Convención americana sobre derechos humanos — «Pacto de San José de Costa Rica» (San José, 22 de noviembre de 1969)	Ibíd., vol. 1144, n.º 17955, pág. 124.
Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Nairobi, 27 de junio de 1981)	Ibíd., vol. 1520, n.º 26363, pág. 217.
Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (Schengen, 14 de junio de 1985)	*Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, n.º L 239, 22 de septiembre de 2000, pág. 19.
Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (Nueva York, 18 de diciembre de 1990)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2220, pág. 3.

Obras citadas en el presente informe

ABRAHAM, Ronny

«La reconduite à la frontière des demandeurs d'asile», *Revue française de droit administratif* (París), vol. 8, n.º 1 (enero-febrero de 1992), págs. 90 a 103.

ALEINIKOFF, T. Alexander

«The meaning of 'persecution' in United States asylum law», *International Journal of Refugee Law*, vol. 3, n.º 1 (enero de 1991), págs. 5 a 29.

BONFILS, Henry y Paul FAUCHILLE

Manuel de droit international public (droit des gens), 7.ª ed. rev., París, Rousseau, 1914.

BONETTI, Paolo

«Italy», en Bruno Nascimbene (ed.), *Expulsion and Detention of Aliens in the European Union Countries*, Milán, Giuffrè, 2001, págs. 311 a 376.

BRY, Georges

Précis élémentaire de droit international public mis au courant des progrès de la science et du droit positif contemporain à l'usage des étudiants des facultés de droit et des aspirants aux fonctions diplomatiques et consulaires, 5.ª ed., París, Larose et Tenin, 1906.

CASANOVAS, Oriol

«La protection internationale des réfugiés et des personnes déplacées dans les conflits armés», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Martinus Nijhoff, 2003, vol. 306, págs. 9 a 176.

CHETAIL, Vincent

«Le droit des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme: bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains et dégradants», *Revue belge de droit international* (Bruselas), vol. XXXVII, 2004–1, págs. 155 a 210.

CRAIES, William Feilden

«Le droit d'expulsion des étrangers en Angleterre», *Journal du droit international privé*, 1889.

DARRAS, A. (ed.)

Revue de droit international privé et de droit pénal international (París), vol. 4, 1908.

DARUT, Joseph-André

De l'Expulsion des Étrangers. Principe général: Applications en France, Aix, Niel, 1902.

De Boeck, Charles

«La sentence arbitrale de la Cour permanente de La Haye dans l'affaire *Canevaro* (3 mai 1912)», RGDIP, vol. XX (1913), págs. 317 a 372.

«L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1927—III,* París, Hachette, 1928, vol. 18, págs. 447 a 647.

Descamps, Baron y Louis Renault

*Recueil international des traités du XX*e *siècle,* París, Rousseau, 1901.

Desjardins, Arthur

Questions sociales et politiques, París, Plon, 1893.

Doehring, Karl

«Aliens, expulsion and deportation», en Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law,* Amsterdam, North-Holland, 1985, vol. 1, págs 109 a 112, y vol. 8, págs. 14 a 16.

Draper, Gerald

The Red Cross Conventions, Nueva York, Praeger, 1958.

Eggli, Ann Vibeke

Mass Refugee Influx and the Limits of Public International Law, La Haya, Kluwer, 2002.

Fabre-Alibert, Véronique

«Réflexions sur le nouveau régime juridique des étrangers en France», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger,* vol. 110 (1994), págs. 1165 a 1195.

Fauchille, Paul

Traité de droit international public, vol. I, parte 3: *Paix,* París, Rousseau, 1926.

Fenwick, Charles G.

Cases on International Law, Chicago, Callaghan, 1935.

Fiore, Pasquale

Nouveau droit international public, 2.ª ed., París, Durand et Pedone-Lauriel, 1885.

Gaja, Giorgio

«Expulsion of aliens: some old and new issues in international law», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional,* vol. 3, Elcano, Aranzadi, 1999, págs. 283 a 314.

Grahl-Madsen, Atle

The Status of Refugees in International Law, vol. I: *Refugee character,* Leiden, Sijthoff, 1966.

Goodwin-Gill, Guy S.

International Law and the Movement of Persons between States, Oxford, Clarendon Press, 1978.

Guild, Elspeth y Paul Minderhoud (eds.)

Security of Residence and Expulsion: Protection of Aliens in Europe, La Haya, Kluwer, 2001 (Immigration and Asylum Law and Policy in Europe, vol. 1).

Hailbronner, Kay

«*Non-refoulement* and 'humanitarian' refugees: customary international law or wishful legal thinking», *Virginia Journal of International Law,* vol. 26 (1985–1986), págs. 857 a 896.

Hart, Herbert L. A.

The Concept of Law, Oxford, Clarendon Press, 1994.

Hathaway, James C.

The Law of Refugee Status, Toronto, Butterworths, 1991.

Henckaerts, Jean-Marie y Louise Doswald-Beck

El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I: Normas, Buenos Aires, CICR, 2007.

Iluyomade, B. O.

«The scope and content of a complaint of abuse of right in international law», *Harvard International Law Journal,* vol. 16 (1975), págs. 47 a 92.

Instituto de Derecho Internacional

Annuaire, vol. 10 (1888–1889), sesión de Lausana (septiembre de 1888), Bruselas, Falk, 1889.

Annuaire, vol. 11 (1891–1892), sesión de Hamburgo (septiembre de 1892), Bruselas, Weissenbruch, 1892.

«Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers proposées par l'Institut de droit international et adoptées par lui à Genève, le 9 septembre 1892», *Annuaire,* vol. 12 (1892–1894), sesión de Ginebra (septiembre de 1892), París, Pedone-Lauriel.

Annuaire, vol. 39, t. II (1936), sesión de Bruselas (abril de 1936), Bruselas, Falk.

Irizarry y Puente, J.

«Exclusion and expulsion of aliens in Latin America», AJIL, vol. 36 (1942), págs. 252 a 270.

Jennings, Robert y Arthur Watts (eds.)

Oppenheim's International Law, vol. I, *Peace,* partes 2–4, 9.ª ed., Harlow, Longman, 1992.

Jitta, Josephus

«Le droit d'expulsion des étrangers dans la législation des Pays-Bas», *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée* (París), vol. 29, 1902.

Lochak, Danièle

«Article 3» y «Article 4», en Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux y Pierre-Henri Imbert (eds.), *La Convention européenne des droits de l'homme: commentaire article par article,* París, Economica, 1995, págs. 1053 a 1055, y 1057 a 1059.

Griffin, W. Martin

«Colonial expulsion of aliens », *American Law Review* (St. Louis), vol. XXXIII (1899), págs. 90 a 96.

Martini, Alexis

L'expulsion des étrangers: étude de droit comparé, París, Sirey, 1909.

McNair, Lord y A. D. Watts

The Legal Effects of War, 4.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1966.

Mérignhac, A.

Les lois et coutumes de la guerre sur terre d'après le droit international moderne et la codification de la Conférence de La Haye de 1899, París, Chevalier-Marescq, 1903.

Moore, John Bassett

A Digest of International Law, vol. IV, Washington, D.C., Government Printing Office, 1906.

Nascimbene, Bruno (ed.)

Expulsion and Detention of Aliens in the European Union Countries, Milán, Giuffrè, 2001.

Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier y Alain Pellet

Droit international public, 7.ª ed., París, LGDJ, 2002.

Piédelièvre, R.

Précis de droit international public ou droit des gens, vol. II, *Des litiges internationaux et de leurs solutions,* París, Pichon, 1895.

PILLET, Antoine

Le droit de la guerre. Première partie. Les hostilités: conférences faites aux officiers de garnison de Grenoble pendant l'année 1891-1892, París, Rousseau, 1892.

PILLET, A. y J.-P. NIBOYET

Manuel de droit international privé, París, Sirey, 1924.

PLENDER, Richard

International Migration Law, 2.ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988.

REY, Francis

La guerre russo-japonaise au point de vue du droit international, París, Pedone, 1907.

ROLIN-JAEQUEMYNS, Édouard

«Report on the right of expulsion of aliens», en Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire,* vol. 10 (1888–1889), sesión de Lausana (septiembre de 1888), Bruselas, Muquardt, págs. 229 a 237.

RUPPERT, P.

Code Pénal et Code d'instruction criminelle suivis des lois spéciales et règlements particuliers en matière répressive en vigueur dans le Grand-Duché de Luxembourg, Luxemburgo, Buck, 1900.

SOHN, Louis B. y Thomas BUERGENTHAL (eds.)

The Movement of Persons Across Borders, Washington, D. C., American Society of International Law, octubre de 1992 (Studies in Transnational Legal Policy, n.º 23).

STEINBOCK, Daniel J.

«The refugee definition as law: issues of interpretation», en Frances Nicholson y Patrick Twomey (eds.), *Refugee Rights and Realities: Evolving International Concepts and Regimes,* Cambridge, Cambridge University Press, 1999, págs. 13 a 36.

TEITGEN-COLLY, Catherine

«Le droit d'asile: la fin des illusions», *L'Actualité Juridique: Droit Administratif* (París), n.º 2 (febrero de 1994), págs. 97 a 114.

UMOZURIKE, Oji

«Protection des victimes des conflits armés», en *Les dimensions internationales du droit humanitaire,* París, UNESCO, 1986, págs. 219 a 236.

WHITEMAN, Marjorie M.

Digest of International Law, vols. 8 y 10, Washington, D.C., Departamento de Estado, 1967 y 1968.

Principios generales

1. En su segundo informe sobre la expulsión de extranjeros[1], el Relator Especial, tras analizar las tendencias recientes en relación con el tema tanto en la práctica de los Estados como a nivel internacional (párrs. 15 a 35), se dedicó a delimitar el alcance del tema (párrs. 36 a 41). A este respecto, en el informe, dedicado a las normas generales aplicables en materia de expulsión de extranjeros (párrs. 45 a 122), el Relator Especial se propuso determinar el «alcance del tema», que parecía ser el principal motivo de discusión, cuando no el mayor escollo, tanto en la Comisión de Derecho Internacional como en la Sexta Comisión de la Asamblea General. A continuación, procedió a formular una definición más precisa de las nociones constitutivas del tema que la que figura en su informe preliminar[2]. Teniendo en cuenta las observaciones formuladas por diversos miembros de la CDI durante el examen del segundo informe, el Relator Especial ha decidido que, en el presente informe y en los que le sigan, los términos «residente» y «nacional» de un Estado se utilizarán como sinónimos.

2. El presente informe se dedica a examinar los principios generales del derecho internacional por los que se rige la expulsión de extranjeros. El debate que mantuvo la doctrina sobre si el tema de la expulsión de extranjeros entraba o no dentro del ámbito del derecho internacional[3] pertenece al pasado: el derecho de expulsión es inherente al principio de la soberanía territorial. La existencia de un Estado no se debe solamente a la existencia de una población que reconoce su soberanía, sino también, y sobre todo, a la existencia de un territorio sobre el que se ejerce de forma exclusiva esa soberanía, tanto de hecho como de derecho. Como puso de relieve Rolin-Jaecquemyns en el informe sobre el derecho de expulsión de extranjeros que presentó al Instituto de Derecho Internacional (IDI) en su sesión de Lausana, celebrada en 1888, esa soberanía se pondría en peligro si personas que no tienen ningún vínculo político con el Estado en el que entran —o dicho de otro modo, cuya patria es otra—, pudieran penetrar en el territorio, instalarse en él y desafiar a las autoridades locales que hubieran estimado dicha estancia peligrosa o perjudicial para el país[4]. El citado autor añadía lo siguiente:

> Desde el punto de vista del derecho internacional, por lo general todo gobierno de un Estado soberano puede ejercer, si lo estima necesario en interés de ese Estado, el derecho que le asiste de admitir o no admitir y de expulsar o no expulsar a los extranjeros que deseen entrar en su territorio o se encuentren en él, así como de supeditar su admisión o su residencia a las condiciones que considere oportunas en aras de su tranquilidad o de su seguridad interior o exterior, o de la salud de sus habitantes[5].

3. Tal opinión estaba en consonancia con la doctrina dominante en ese momento. Así, para Darut, es en la noción de soberanía donde se encuentra el «fundamento racional del derecho de expulsión»[6], derecho cuya universalidad se subrayaba en la misma época[7].

4. En la expulsión entran en juego, por una parte, el principio fundamental de la soberanía del Estado en el orden internacional que faculta a un Estado para dictar reglas internas en virtud de su competencia territorial y,

[1] *Anuario… 2006,* vol. II (primera parte), documento A/CN.4/573.

[2] *Anuario… 2005,* vol. II (primera parte), documento A/CN.4/554.

[3] Véase, en particular, la dilatada discusión mantenida sobre este particular en el IDI, sesión de 8 de septiembre de 1891, *Annuaire,* vol. 11, págs. 273 a 320.

[4] Ibíd., vol. 10, pág. 230.

[5] Ibíd., pág. 235.

[6] Darut, *De l'Expulsion des étrangers. Principe général – Applications en France,* págs. 16 y 20.

[7] Martini, *L'expulsion des étrangers: étude de droit comparé,* pág. 16.

por otra, los principios fundamentales que conforman el ordenamiento jurídico internacional y los derechos humanos fundamentales que todos los Estados deben respetar hoy en día. En el preámbulo de sus Reglas internacionales sobre admisión y expulsión de extranjeros, aprobadas en la sesión de Ginebra de 9 de septiembre de 1892, el IDI afirmaba a ese respecto que:

> Considerando que, para cada Estado, el derecho de admitir o no a extranjeros en su territorio, de admitirlos con ciertas condiciones o de expulsarlos es una consecuencia lógica y necesaria de su soberanía y su independencia;
>
> Considerando no obstante que la humanidad y la justicia obligan a los Estados a ejercer ese derecho respetando, de forma compatible con su propia seguridad, el derecho y la libertad de los extranjeros que desean penetrar en dicho territorio o que ya se encuentran en él;
>
> Considerando que, desde el punto de vista internacional, puede ser útil formular de manera general y de cara al futuro algunos principios reiterados, cuya aceptación por otra parte no implicaría apreciación alguna sobre actos realizados en el pasado[8].

5. Así pues, en la exposición que figura a continuación la constatación de que el derecho de expulsión es un principio consolidado del derecho internacional se conjuga con la idea de que tal derecho sólo debe ejercerse respetando las normas fundamentales del derecho internacional. Se trata de lograr un punto de equilibrio entre estos dos polos poniendo en contacto el derecho del Estado que expulsa y los derechos del expulsado, de modo que el derecho soberano del Estado se ejerza respetando la dignidad humana.

A. Derecho de expulsión

6. El derecho de expulsión suscitó un animado debate a finales del siglo XIX, como indican en particular los trabajos del IDI sobre el tema. Si bien la cuestión del fundamento del derecho a expulsar no se planteó expresamente durante ese debate, sí que se abordó directa o indirectamente, dado que la afirmación de que tal derecho existe pasa necesariamente por la invocación de su base jurídica conforme al derecho internacional o, en su caso, interno. En una primera aproximación, podría pensarse que tal norma permisiva, que establece la facultad o la libertad del Estado de expulsar a un extranjero de su territorio, procede del derecho internacional general en sentido tradicional, es decir, del derecho consuetudinario.

7. No obstante, el análisis de ese derecho no confirma tal apreciación: no es una norma exterior la que otorga al Estado el derecho a expulsar; es un derecho natural del Estado, que se desprende de su propia condición de ente jurídico soberano dotado de competencia plena sobre su territorio y que sólo puede verse limitada en la esfera internacional por los compromisos que ese Estado contraiga voluntariamente o por ciertas normas *erga omnes*. Pero en este caso sólo se trata de una limitación, no de un requisito para que la norma exista. Dicho de otro modo, el derecho a expulsar es un derecho inherente a la soberanía (territorial) del Estado, aunque no se trata de un derecho absoluto, en la medida en que debe ejercerse dentro de los límites establecidos por el derecho internacional.

[8] IDI, *Annuaire*, vol. 12, págs. 218 y 219.

1. Un derecho inherente

8. La existencia del derecho de un Estado a expulsar a un extranjero que se encuentre en su territorio no se discute en derecho internacional[9], y no parece que haya suscitado nunca dudas serias en la doctrina[10]. La práctica de los Estados lo confirma[11]. Por lo demás, dicho derecho está consagrado por una jurisprudencia arbitral internacional abundante, en particular de finales del siglo XIX y principios del XX, pero también por las decisiones y la jurisprudencia más recientes de las comisiones y tribunales regionales de derechos humanos. Así, en el caso *Boffolo* el árbitro afirmó: «No cabe duda de que en los gobiernos existe una facultad general para expulsar a los extranjeros, por lo menos por motivos justificados»[12]; la Comisión Mixta de Reclamaciones Bélgica-Venezuela se expresó en el mismo sentido en el caso *Paquet* al declarar que «el derecho a expulsar a los extranjeros del territorio nacional o a prohibirles la entrada a éste es un derecho generalmente reconocido»[13].

9. En cuanto a las decisiones de las comisiones y los tribunales regionales de derechos humanos, también reconocen como norma del derecho internacional bien establecida el derecho de expulsión de los extranjeros con el fin de preservar el orden público[14]. A este respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se refiere sistemáticamente en su jurisprudencia al

> interés de los Estados contratantes en mantener el orden público, en particular ejerciendo su derecho, como cuestión de derecho internacional bien establecida y con sujeción a sus obligaciones contraídas en virtud de tratados, a controlar el ingreso, la residencia y la expulsión de los extranjeros[15].

[9] Véase Gaja, «Expulsion of aliens: some old and new issues in international law», pág. 295.

[10] Algunos autores de finales del siglo XIX, sobre todo Lord Coke, Sapey, Pinheiro-Ferreira, Fiore y Hugues, consideraban, en nombre del humanismo idealista propio de la época, que nada debía impedir la libertad humana y calificaban el derecho de expulsión de violación flagrante de los derechos imprescriptibles de la persona (Darut, *op. cit.*, págs. 8 y 9). No obstante, en la misma época varios autores observaron que tal concepción no era factible en derecho y ni siquiera en un terreno político (ibíd., págs. 10 y ss.).

[11] En su artículo antes citado, Gaja (*loc. cit.*, pág. 295) ofrece en este sentido tres ejemplos interesantes citados por Whiteman (*Digest of International Law*, vol. 8, págs. 851, 854 y 861): el recordatorio por parte del Secretario de Estado de los Estados Unidos, Sr. Hull, en 1939, de sus instrucciones al Embajador de los Estados Unidos en Francia, según las cuales los Estados Unidos reconocían «el derecho de un Estado a expulsar a los extranjeros que considerase peligrosos para su seguridad y que no intervendrían en tales casos»; la declaración formulada 10 años más tarde por el Ministro de Estado del Reino Unido, Sr. McNeil, según la cual «[e]s evidente que el Gobierno húngaro tiene derecho a expulsar de su país a cualquier extranjero y no parece, por tanto, que exista ningún fundamento jurídico para una protesta oficial»; y una carta del Subsecretario de Estado de los Estados Unidos, Sr. Dutton, dirigida a un miembro del Congreso en 1961, en la que escribe que «puede observarse que, conforme a principios generalmente aceptados del derecho internacional, un Estado puede expulsar a un extranjero cuando lo desee, siempre que la expulsión no se ejecute de forma arbitraria».

[12] Caso *Boffolo* (Comisión Ítalo-venezolana, 1903), Naciones Unidas, RSA, vol. X (n.º de venta: 1960.V.4), págs. 531 y 532.

[13] Caso *Paquet* (Comisión Mixta de Reclamaciones Bélgica-Venezuela, 1903), ibíd., vol. IX (n.º de venta: 1959.V.5), pág. 325.

[14] Véase el Memorando de la Secretaría sobre expulsión de los extranjeros, *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte) (Adición), documento A/CN.4/565, párr. 190.

[15] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Moustaquim* c. *Belgique*, sentencia (fondo y satisfacción equitativa) de 18 de febrero de 1991, *série A n.º 193*, párr. 43. Véanse también los casos *Vilvarajah*

(Continuación en la página siguiente.)

En efecto, dicho Tribunal siempre ha admitido que los Estados

> ejerzan su derecho, como cuestión de derecho internacional bien establecida […] a controlar el ingreso, la residencia y la expulsión de los extranjeros[16].

10. Al examinar la comunicación presentada conjuntamente por cuatro organizaciones no gubernamentales contra Angola tras la expulsión en masa de nacionales de varios Estados africanos de ese país en 1996, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos se refirió en su razonamiento al derecho de expulsión del Estado en los siguientes términos:

> La Comisión no desea poner en duda ni pone en duda el derecho de todo Estado a iniciar una acción judicial en contra de los inmigrantes ilegales y a deportarlos a sus países de origen, si los tribunales competentes así lo deciden[17].

11. Por lo demás, este derecho universalmente admitido[18] se reconoce desde hace tiempo en las legislaciones de los países más antiguos[19]. Un autor indicaba a principios del siglo XX que tal derecho estaba reconocido en la legislación de la mayoría de los países de Europa y América y en gran número de tratados internacionales[20], y es probable que, dada la envergadura del fenómeno migratorio contemporáneo, ese derecho actualmente forme parte de las legislaciones de todos los Estados[21].

12. No obstante, el derecho de expulsión existe con independencia de que cualquier disposición especial de derecho interno o convencional lo reconozca, ya que es un derecho del Estado expulsor que se desprende del propio derecho internacional[22]. En este sentido, el IDI afirma, como se ha indicado anteriormente (véase el párrafo 4 *supra*), que es «una consecuencia lógica y necesaria» de la soberanía del Estado, de la que es un atributo, o de su independencia. En la misma época, Griffin afirmaba como algo evidente que «[d]ado que el derecho a expulsar no es sino un atributo de la soberanía de cada Estado sobre su propio territorio, es evidente que está plenamente reconocido por el derecho *internacional*»[23]. En las conclusiones de un estudio sobre la práctica de la exclusión y la expulsión de extranjeros en América Latina a principios de los años cuarenta, un autor observó lo siguiente: «Nada en el derecho de las naciones se opone a la expulsión de un extranjero ‘domiciliado’ o ‘residente’»[24]. Refiriéndose más en concreto a la práctica latinoamericana ese mismo autor añadió: «Los países de América Latina, en ejercicio de las facultades inherentes a su soberanía, suelen excluir o expulsar a extranjeros conforme a lo dispuesto en la ley y, en su defecto, como medida de alta política por motivos relacionados con la defensa del Estado, la tranquilidad social, la seguridad individual o el orden público»[25].

13. Varios laudos arbitrales internacionales confirman esta concepción del derecho a expulsar. Así, en el caso *Ben Tillet* el árbitro único, Arthur Desjardins, incluía en el apartado A de su laudo («Sobre el derecho de expulsión, en su calidad de principio»), la siguiente declaración:

> Considerando que no puede discutirse que un Estado esté facultado para prohibir la permanencia en su territorio de extranjeros cuando, a su juicio, sus actos o su presencia pongan en peligro su seguridad;
>
> Que por lo demás corresponde al Estado, en la plenitud de su soberanía, valorar el alcance de los hechos que motivan esa prohibición[26].

En el laudo dictado en 1903 en el caso *Maal*, el árbitro Plumley expresó de forma más explícita la idea de que el derecho a expulsar es un derecho inherente. Al examinar esta cuestión en relación con el ejercicio de tal derecho por el Gobierno de Venezuela, el árbitro afirmó:

> A juicio del árbitro no cabe duda de que el Gobierno de Venezuela puede, de manera apropiada y legítima, excluir o, en caso necesario, expulsar a las personas que representen un peligro para el bienestar del país, y que puede ejercer amplias facultades discrecionales a este respecto. Los métodos e instrumentos que permiten conseguir esos objetivos varían según el país, aunque tal derecho es inherente a todas las facultades soberanas y es uno de los atributos de la soberanía, pues se ejerce legítimamente sólo en debida defensa del país contra algún peligro previsto o efectivo[27].

(Continuación de la nota 15.)

et autres c. *Royaume-Uni*, sentencia (fondo) de 30 de octubre de 1991, *série A n.º 215*, párr. 102; *Chahal* c. *Royaume-Uni*, sentencia (fondo y satisfacción equitativa) de 15 de noviembre de 1996, *Recueil 1996-V*, párr. 73; *Ahmed* c. *Autriche*, sentencia (fondo y satisfacción equitativa) de 17 de diciembre de 1996, *Recueil 1996-VI*, párr. 38; *Boughanemi* c. *France*, sentencia (fondo y satisfacción equitativa) de 24 de abril de 1996, *Recueil 1996-II*, párr. 41; *Bouchelkia* c. *France*, sentencia (fondo y satisfacción equitativa) de 29 de enero de 1997, *Recueil 1997-I*, párr. 48, y *H.L.R.* c. *France*, sentencia (fondo y satisfacción equitativa) de 29 de abril de 1997, *Recueil 1997-III*, párr. 33.

[16] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Abdulaziz, Cabales et Balkandali* c. *Royaume-Uni*, sentencia (fondo y satisfacción equitativa) de 28 de mayo de 1985, *série A n.º 94*, párr. 67.

[17] *Union interafricaine des droits de l'homme, Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, Rencontre africaine des droits de l'homme, Organisation nationale des droits de l'homme au Sénégal et Association malienne des droits de l'homme* v. *Angola*, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, comunicación n.º 159/96 (1997), párr. 20.

[18] Véase la nota 7 *supra*.

[19] En el Reino Unido, por ejemplo, antes de que se promulgara la Ley de extranjeros de 11 de agosto de 1905, véase en especial Craies, «Le droit d'expulsion des étrangers en Angleterre», págs. 357 y ss., citado en Martini, *op. cit.*, pág. 16, nota 1; en Francia, el derecho del gobierno a expulsar se reconoció en 1849, aunque no era nuevo: una ley de 28 de vendemario del año VI lo incluía ya en su artículo 7, que disponía: «Los extranjeros que entren en el territorio de la República o residan en él y no ejerzan funciones en nombre de potencias neutrales o amigas reconocidas por el Gobierno o no hayan adquirido la condición de ciudadano quedarán sujetos a la vigilancia especial del Directorio Ejecutivo, que podrá retirarles el pasaporte y ordenar su salida del territorio francés si estima que su presencia puede alterar el orden y la tranquilidad pública» (Desjardins, *Questions sociales et politiques*, págs. 120 y 121); véase también, por ejemplo, la ley de 21 de abril de 1832 que confería al Gobierno de Francia el mismo derecho en lo que respecta a los extranjeros refugiados (ibíd., pág. 121).

[20] Véase De Boeck, «L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique», pág. 480, y los numerosos ejemplos de legislaciones de la época y de tratados internacionales que cita en las páginas 480 y 481.

[21] Sería farragoso recapitular aquí las disposiciones normativas de cada país pertinentes al respecto. Para los países europeos, los siguientes trabajos permiten obtener una visión general del tema: Nascimbene, *Expulsion and Detention of Aliens in the European Union Countries*, y Guild y Minderhoud, *Security of Residence and Expulsion: Protection of Aliens in Europe*. Para los Estados Unidos, véase en especial Sohn y Buergenthal, *The Movement of Persons across Borders*. Con carácter más general, véase Goodwin-Gill, *International Law and Movement of Persons between States*.

[22] Véase De Boeck, «L'expulsion…», pág. 479.

[23] Griffin, «Colonial expulsion of aliens», pág. 90.

[24] Irizarry y Puente, «Exclusion and expulsion of aliens in Latin America», pág. 270.

[25] Ibíd.

[26] Laudo de 26 de diciembre de 1898, reproducido en Fenwick, *Cases on International Law*, pág. 181.

[27] Caso *Maal* (Comisión Países Bajos-Venezuela, 1903), Naciones Unidas, RSA, vol. X, pág. 731.

El árbitro se expresó en el mismo sentido en el caso *Boffolo*:

> Todos los Estados tienen pleno derecho a expulsar a los extranjeros, derecho que dimana de su propia soberanía[28].

14. La cuestión que se planteaba a finales del siglo XIX era determinar si cabía sustituir por normas precisas la arbitrariedad que reinaba en muchos Estados en materia de expulsión[29]. En el derecho internacional contemporáneo da la impresión de que el derecho a expulsar, si bien es un derecho soberano del Estado, no se concibe como una facultad ilimitada que dé lugar a un poder discrecional del Estado que expulsa.

2. Un derecho no absoluto

a) *Planteamiento del problema*

15. En ocasiones el derecho de expulsión se ha considerado un derecho absoluto. Tal concepción se generalizó sobre todo en el siglo XIX cuando surgió el debate sobre el derecho de expulsión como derecho del Estado basado en el derecho internacional. En su sentencia de 1893, la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró que «el derecho de una nación a expulsar o deportar a los extranjeros» era «tan absoluto y sin condiciones como el derecho a prohibir e impedir su entrada al país»[30] y que era «un derecho inherente e inalienable»[31]. Esta posición reflejaba, consciente o inconscientemente, la teoría tradicional según la cual el poder de expulsión, consecuencia lógica y necesaria de la soberanía, es absolutamente discrecional, carece de límites y no está sujeto a control[32]. Las encendidas controversias a que dio lugar la facultad de expulsar a los extranjeros reconocida al Estado se debieron precisamente al hecho de que esa concepción absoluta del derecho de expulsión podía dejar a sus destinatarios al arbitrio de los gobiernos.

16. Esas controversias han desaparecido hoy día, dado el completo abandono de la teoría tradicional. Por lo demás, la práctica internacional había superado a la doctrina en este extremo y desde hace cerca de dos siglos se admite claramente «que la libertad de expulsión no es absoluta y conlleva límites»[33]. En efecto, desde sus primeros trabajos sobre la expulsión de extranjeros, el IDI indicó que el ejercicio del derecho de expulsión está sujeto a ciertas restricciones, entre las que destaca la idea de que «la expulsión debe llevarse a cabo con todas las garantías que exigen la humanidad y el respeto de los derechos adquiridos»[34]. A este respecto, el Instituto compartía la opinión del Sr. Féraud-Giraud, quien, en su informe sobre el tema, estimaba que al ejercer su derecho de expulsión un Estado siempre debe procurar, en la medida de lo posible, conciliar su deber de mantener el orden en su territorio y garantizar su propia seguridad interior y exterior con la necesidad de «respetar las leyes de la humanidad, los derechos individuales inherentes a toda persona y el principio de la libertad de las relaciones entre las naciones»[35]. En el mismo sentido, el relator del IDI sobre este tema, Sr. de Bar, reconoció que no puede discutirse la existencia de un derecho soberano de los Estados en esta materia, aunque también reconoció que «por muy lejos que se llegue, este derecho soberano no puede extenderse hasta el punto de aniquilar cualquier derecho individual del extranjero»[36].

17. Aunque se percibía bien el riesgo derivado de afirmar la existencia de un derecho de expulsión absoluto, la respuesta jurídica no estaba bien articulada. Aunque el riesgo de atentar contra los derechos humanos no es el único que se corre, tanto la doctrina como la jurisprudencia parecen sugerir que el derecho de expulsar sólo está limitado por consideraciones de humanidad y por los derechos relacionados con la persona y sus bienes. Es cierto que, al invocar los «derechos individuales inherentes a toda persona y el principio de la libertad de las relaciones entre las naciones» (véase el párrafo anterior), el IDI pareció abrir, en 1891, nuevas perspectivas; pero, ¿en qué dirección? La doctrina más antigua es imprecisa. Está claro que dicha doctrina dejaba de lado la teoría adoptada en la Edad Media que preconizaba la soberanía absoluta del Estado y le atribuía la propiedad del territorio. Sin embargo, a esa teoría la doctrina oponía la idea, excesivamente vaga, de que «de ello no se desprende que el derecho del extranjero esté a merced del capricho del Estado»[37].

18. La cuestión a la que hay que responder para determinar el alcance de la norma que establece el poder o la facultad de expulsar es la relativa a los límites que deben aplicarse al derecho de expulsión. La respuesta a esta pregunta básica conlleva dos aspectos bien diferenciados. El primer aspecto tiene que ver con la naturaleza misma del ordenamiento jurídico internacional, que obliga a que todo principio o norma del derecho internacional sea compatible con los principios fundamentales de ese ordenamiento jurídico; se trata de límites intrínsecos o inherentes al propio ordenamiento jurídico. El segundo aspecto se refiere a los principios que deben respetarse al ejercer el derecho de expulsión; tales principios constituyen un conjunto de normas de carácter derivado pues proceden del ordenamiento jurídico, en cuyo caso son objetivas y revisten la forma de normas generales, o adoptan la forma de normas creadas por los sujetos de derecho internacional. Esta segunda categoría de límites se abordará separadamente en la sección B *infra*.

b) *Límites intrínsecos del ordenamiento jurídico internacional*

19. En su calidad de derecho aplicable a entidades soberanas, iguales y que «tienen idénticas pretensiones a ejercer una soberanía absoluta»[38], el derecho internacional es un instrumento esencial para regular la coexistencia

---

[28] Caso *Boffolo*, ibíd., pág. 528.

[29] Véase el extracto del acta de las reuniones del IDI de los días 8 y 9 de septiembre de 1892 presididas por Albéric Robin, Vicepresidente, *Annuaire*, vol. 12, pág. 185.

[30] *Fong Yue Ting* v. *United States*, 149 U.S. 698 (1893), pág. 707.

[31] Ibíd., pág. 711.

[32] Véase De Boeck, «L'expulsion…», pág. 472.

[33] Ibíd., pág. 473.

[34] *Annuaire*, vol. 10, pág. 236.

[35] Ibíd., vol. 11, pág. 276.

[36] Ibíd., pág. 316.

[37] Darut, *op. cit.*, pág. 19.

[38] Nguyen Quoc Dinh, Daillier y Pellet, *Droit international public*, pág. 83.

entre esas soberanías, a la vez que es el corolario indispensable de dicho principio soberano. En efecto, en el derecho internacional moderno la soberanía del Estado no puede concebirse en sentido absoluto; la soberanía sólo significa que un determinado Estado no está subordinado a ningún otro y debe respetar las normas mínimas que garantizan, por una parte, que dicho privilegio se reconozca a todos los demás Estados y, por otra, la propia supervivencia del ordenamiento jurídico. A este respecto, la soberanía del Estado está limitada por una serie de principios intrínsecos a ese ordenamiento jurídico, sin cuyo respeto se pondría en peligro la propia existencia del derecho internacional y la sociedad internacional se vería sumida en una total anarquía.

20. La facultad discrecional de expulsar está limitada por los principios generales que regulan las actividades del Estado en el orden internacional. En efecto, en su calidad de derecho inherente a la soberanía del Estado, el derecho de expulsión se enfrenta naturalmente a esos límites, que son el conjunto de principios fundamentales que integran el núcleo del sistema jurídico internacional. Esos límites existen con independencia de otros principios limitadores pertenecientes a determinados ámbitos especiales del derecho internacional, en particular el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados y el derecho de los trabajadores migrantes. Tales límites son inherentes al ordenamiento jurídico internacional del mismo modo que el derecho de expulsión es inherente a la soberanía. Así pues, dado que el derecho soberano a expulsar no es un derecho absoluto, su validez «se determina a la luz de las obligaciones del Estado, ya procedan éstas de la costumbre, los tratados o los principios generales del derecho»[39]. Como se ha señalado, el término «discrecional» que califica la facultad del Estado en materia de expulsión va generalmente acompañado de la idea de que tal facultad no es «arbitraria», por lo que el Estado no puede abusar de la discreción que se le reconoce en la materia. «Las normas, pues, definen tanto las facultades del Estado como los límites de su autoridad y brindan protección a las personas contra el abuso de esa autoridad»[40].

21. No obstante, el Relator Especial considera que debe distinguirse entre los límites inherentes al ordenamiento jurídico internacional, en la medida en que forman parte de los requisitos de cuyo cumplimiento depende la existencia de dicho ordenamiento jurídico, y los límites derivados de ámbitos específicos del derecho internacional y que forman parte de los requisitos para ejercer el derecho a expulsar.

22. Esos principios intrínsecos que relativizan el derecho de expulsión son, en particular, los siguientes: el principio *pacta sunt servanda*, el principio de la buena fe y la obligación de respetar el *jus cogens*, de la que se infiere el principio de que ninguna norma de derecho internacional puede contravenir una norma imperativa. Se trata de principios que permiten afirmar que el derecho de expulsión es indiscutible, aunque no es una norma absoluta; constituyen la otra cara de la norma. Esos principios son bien conocidos, por lo que no es necesario analizarlos en profundidad en el marco del presente informe.

23. Teniendo en cuenta todo lo expuesto, se propone el siguiente proyecto de artículo 3:

«Proyecto de artículo 3. Derecho de expulsión

1. Un Estado tiene el derecho de expulsar a un extranjero de su territorio.

2. Sin embargo, la expulsión deberá llevarse a cabo respetando los principios fundamentales del derecho internacional. En particular, el Estado debe actuar de buena fe y respetando sus obligaciones internacionales.»

B. Un derecho que debe ejercerse respetando las normas fundamentales del derecho internacional

24. Los principios intrínsecos e inherentes al ordenamiento jurídico internacional y que constituyen la otra cara de la moneda del derecho a expulsar deben distinguirse de los principios relativos a los requisitos para el ejercicio del derecho de expulsión. Estos últimos son exteriores a la norma y determinan su régimen jurídico. La famosa distinción de Hart entre «normas primarias» y «normas secundarias»[41] podría aplicarse provechosamente en este caso. El derecho a expulsar y sus límites intrínsecos constituyen normas primarias, mientras que los principios en los que se enmarca el ejercicio de ese derecho son normas secundarias; por ese motivo, entran dentro de la actividad de codificación propia de la Comisión.

25. Las normas de derecho internacional por las que se rige el derecho de un Estado a expulsar a los extranjeros incluyen tanto normas de fondo como de procedimiento, cuyo cumplimiento condiciona la legalidad de la expulsión. Como ha escrito un autor:

> En todos esos sentidos la facultad de expulsión es típica de las competencias que poseen los Estados con respecto al ingreso y la residencia de los extranjeros. Calificadas anteriormente de aspectos de la discrecionalidad absoluta del Estado, esas facultades están reguladas y controladas, tanto en cuanto a su fondo como a su forma, por un sistema de normas que actualmente es lo suficientemente avanzado y coherente para ser calificado de derecho internacional de las migraciones[42].

26. Algunas de esas normas son de origen interno y han adquirido el carácter de normas de derecho internacional, bien como «principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas» (Artículo 38 del Estatuto de la CIJ), bien como normas creadas por la práctica de los Estados que son reconocidas por la jurisprudencia.

27. Del estudio de la práctica convencional y la jurisprudencia nacional e internacional, en particular la de los tribunales regionales de derechos humanos, se desprenden los siguientes principios generales, cuya aplicación suele admitirse en materia de expulsión de extranjeros: el principio de la no expulsión de un nacional, el principio de la no expulsión de refugiados, el principio de la no

[39] Goodwin-Gill, *op. cit.*, pág. 21; véase también Iluyomade, «The scope and content of a complaint of abuse of right in international law», págs. 82 y 83, y el documento A/CN.4/565 (nota 14 *supra*), párrs. 198 a 200.

[40] Sohn y Buergenthal, *op. cit.*, págs. ix y x; véase también el documento A/CN.4/565 (nota 14 *supra*), párrs. 201 a 239.

[41] *The Concept of Law*.

[42] Plender, *International Migration Law*, pág. 477.

expulsión de un apátrida, el principio que prohíbe realizar expulsiones colectivas, el principio de no discriminación, el principio del respeto de los derechos fundamentales de la persona expulsada, el principio que prohíbe la expulsión arbitraria, la obligación de informar y la obligación del Estado que expulsa de respetar su propio derecho (*patere legem quam fecisti*) y el procedimiento previsto en el derecho vigente. Agrupando esos principios, pueden distinguirse tres categorías de límites: los relacionados con las personas objeto de expulsión (*ratione personae*), los relativos a los derechos fundamentales de las personas objeto de expulsión (*ratione materiae*) y los que tienen que ver con el procedimiento que ha de seguirse en materia de expulsión (*ratione prosequi*).

1. Límites relativos a las personas expulsadas

a) *Principio de no expulsión de los nacionales*

28. Nacional de un Estado es una persona que está relacionada con ese Estado por un vínculo de nacionalidad. Tal persona dispone de un derecho actual de nacionalidad en relación con dicho Estado: se dice que tiene la nacionalidad del Estado en cuestión y que, por consiguiente, este último es su Estado nacional o de nacionalidad. En este sentido, se opone a la figura del extranjero, por quien, a los efectos del presente tema, se entiende «un natural de un Estado distinto del Estado territorial o Estado que expulsa», según se señala en el segundo informe sobre la expulsión de extranjeros[43].

29. Como indicó en su segundo informe[44], el Relator Especial sigue pensando que no es prudente emprender el estudio de la cuestión de la nacionalidad, no sólo porque las condiciones de acceso a la nacionalidad incumben estrictamente al derecho de cada Estado, sino también porque la nacionalidad es un criterio restrictivo e insuficiente para determinar la noción de «extranjero».

30. Sin embargo, ello no quiere decir que la determinación de la nacionalidad de una persona no sea una cuestión de derecho internacional. Así sucede, en particular, cuando dos o varias legislaciones atribuyen nacionalidades diferentes a una misma persona. En el caso *Arata*, Ramiro Gil de Uríbarri, árbitro en virtud del compromiso ítalo-peruano de 25 de noviembre de 1899, afirmó a este respecto que

> si bien [en aplicación de] las leyes de dos Estados, los tribunales de cada uno de ellos aplicarían su propia ley, no acontecería lo mismo si interviniera en la cuestión un Tribunal Arbitral, el cual la decidiría con sujeción a los principios del derecho internacional[45].

31. Eso fue lo que hizo el tribunal arbitral presidido por Louis Renault en el caso *Canevaro*. Dicho caso se refería a la situación del conde Raffaele Canevaro, nacional del Perú de origen italiano, que por razón de su nacimiento era peruano según la ley del Perú *jure soli* e italiano según la ley italiana *jure sanguinis*. La cuestión sobre la que el tribunal arbitral, constituido en virtud del compromiso ítalo-peruano de 25 de abril de 1910, debía pronunciarse era si Canevaro tenía derecho a ser considerado un «reclamante italiano»[46]. El tribunal, manifestando su idéntico respeto por las dos legislaciones en juego, buscó en otros lugares los elementos de conexión de Canevaro a uno de los dos Estados. El tribunal expresó su preferencia por lo que la doctrina conoce como «*nacionalidad activa*, que es la *de hecho y de derecho*, la que se desprende de la voluntad manifiesta y perseverante del interesado»[47]. En efecto, el tribunal arbitral consideró que Canevaro se había comportado en varias ocasiones como ciudadano peruano, ya sea presentando su candidatura al Senado, al que sólo pueden acceder los nacionales del Perú y donde fue a defender su elección, ya sea aceptando el cargo de cónsul general de los Países Bajos, tras solicitar la autorización del Gobierno, y posteriormente del Congreso, del Perú.

> Por consiguiente, la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya decidió que, en esas circunstancias, sea cual fuere la condición desde el punto de vista de la nacionalidad de Raffaele Canevaro en Italia, el Gobierno del Perú tiene derecho a considerarlo ciudadano peruano y a denegarle la condición de reclamante italiano[48].

32. Elaborada por la jurisprudencia arbitral y la doctrina, esta solución inspiró, como es sabido, a la CPJI[49] y más claramente aún a la jurisprudencia de la CIJ, en particular en el caso *Nottebohm*[50].

33. Por lo tanto, no corresponde al derecho internacional establecer las condiciones de acceso a la nacionalidad, ámbito que entra dentro de la competencia del Estado, sino resolver los problemas de conflicto de nacionalidad a partir de criterios propios del derecho internacional. Esos criterios permiten determinar si una persona tiene efectivamente la nacionalidad que reivindica o si, por el contrario, el Estado que alega que una persona no es su nacional no es realmente el Estado nacional de esa persona.

i) *Principio*

34. Al establecer los criterios que permiten determinar, en caso de conflicto, quién es nacional de cada Estado, el derecho internacional crea las condiciones de aplicación del principio que prohíbe a los Estados expulsar a sus propios nacionales. La cuestión es saber si tal norma existe en el derecho internacional. El Memorando de la Secretaría sobre la expulsión de extranjeros ofrece una síntesis de los elementos pertinentes para dar respuesta a esta pregunta:

> Aunque el derecho internacional no parece prohibir la expulsión de nacionales en general, la capacidad de un Estado de adoptar esa medida puede estar limitada por las normas internacionales de derechos humanos. En primer lugar, algunos tratados de derechos humanos prohíben expresamente la expulsión de una persona del territorio de un Estado del que es nacional. En segundo lugar, el derecho de un nacional de residir o permanecer en su propio país puede limitar, implícitamente, la

[43] *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/573, párr. 194, art. 2, párr. 2, apdo. *a*.

[44] Ibíd., párrs. 128 y 129.

[45] Descamps y Renault, *Recueil international des traités du XXe siècle*, laudo arbitral de 30 de septiembre de 1901, pág. 711, y De Boeck, «L'expulsion », pág. 458.

[46] De Boeck, «L'expulsion », pág. 458.

[47] Ibíd., pág. 459, y «La sentence arbitrale dans l'affaire *Canevaro* (3 mai 1912)», pág. 349.

[48] De Boeck, «L'expulsion », pág. 459, y «La sentence arbitrale…», pág. 348.

[49] Véase, en particular, CPJI, *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, opinión consultiva, *1923, C.P.J.I. série B n.º 4*.

[50] Caso *Nottebohm*, segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1955*, pág. 4; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 46.

expulsión de nacionales. En tercer lugar, la obligación de otros Estados de recibir personas se limita a sus propios nacionales. Por lo tanto, la expulsión de nacionales sólo puede llevarse a cabo con el consentimiento del Estado receptor. Las limitaciones de la expulsión de nacionales pueden aplicarse también a extranjeros que han adquirido una condición similar a la de los nacionales en virtud del derecho nacional de los Estados territoriales. En cuarto lugar, la ley nacional de varios Estados prohíbe la expulsión de nacionales[51].

35. En lo que respecta a los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos, debe mencionarse en particular la Convención americana sobre derechos humanos, y más concretamente su artículo 22, párr. 5, que dispone lo siguiente:

Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos observó la violación de esta disposición en el caso de la expulsión de ciudadanos haitianos de la República Dominicana: los expulsados, que trabajaban en la zafra de azúcar, fueron objeto de redadas y deportaciones indiscriminadas lo que, en muchos casos, conllevó la expulsión de personas nacidas en la República Dominicana y que, por consiguiente, tenían la nacionalidad de ese país[52].

36. En cuanto a los ordenamientos jurídicos nacionales, puede señalarse que, aparte de los numerosos ejemplos de legislaciones nacionales que prohíben la expulsión de nacionales citados en el Memorando de la Secretaría[53], el derecho francés, por ejemplo, reconoce desde hace tiempo el principio de la prohibición de expulsión de los franceses de Francia. Se admite que un francés no estaría vinculado por una orden de expulsión dictada contra él por un prefecto. Este motivo, que se basa en la condición de francés de la persona en cuestión, ha sido examinado en numerosas sentencias y decisiones: una vez que se invoca dicha condición corresponde a la fiscalía demostrar la cualidad de extranjero[54]. En los albores del siglo XX Martini escribía:

¿Es necesario decir que los extranjeros nacionalizados franceses no pueden ser expulsados, mientras que, por el contrario, los franceses que han perdido su condición de tales pueden ser expulsados de Francia?[55].

37. Esta opinión formaba parte de la sentencia dictada por el Tribunal de Chambéry de 21 de mayo de 1908 en la causa *Solari*, por la que modificaba una sentencia del Tribunal Correccional de Saint-Julien de 30 de enero de 1908. Se trataba de un ciudadano francés que había desertado del ejército francés en el transcurso de su período de alistamiento voluntario de siete años; la persona en cuestión abandonó Francia y pasó a residir en Ginebra, donde obtuvo la nacionalidad suiza el 8 de febrero de 1861; posteriormente volvió a Francia donde alegó que nunca perdió la nacionalidad francesa como consecuencia de esa naturalización porque, a 8 de febrero de 1861, estaba aún vinculado por su segundo alistamiento militar, en fraude del cual actuaba. Según el interesado, este era el criterio del propio Gobierno francés, ya que, tras la amnistía de 14 de agosto de 1869, el cónsul general de Francia en Suiza le aplicó expresamente esa medida de gracia, autorizándolo a «regresar a su hogar»[56], sin que pudiera ser objeto de ningún tipo de acción por su anterior deserción. El Tribunal aceptó esa argumentación

y declara que, dado que Solari ha conservado su condición de francés, es improcedente que se dicte una orden de expulsión contra él[57].

Profundizando en su examen de la cuestión de las personas que pueden ser expulsadas, Martini escribió:

En definitiva, los franceses son los únicos que no pueden ser expulsados. Para ellos la estancia en Francia es un derecho del que sólo puede privarlos la pena de destierro[58].

38. En el mismo orden de ideas, pero por el razonamiento inverso, un autor indicaba a principios del siglo XX que una persona nacida en territorio francés de padres desconocidos que entre en Francia infringiendo una orden de expulsión tomada anteriormente contra ella pero alegue su condición de francés sólo podrá ser condenada por el órgano jurisdiccional ante el que comparezca si queda acreditada su condición de extranjero[59]. Dicho autor concluía su análisis en los siguientes términos:

Por consiguiente, si se acepta el principio formulado por el Instituto de Derecho Internacional, a saber, que el Estado sólo tiene derecho a expulsar a quienes carecen de un derecho efectivo de nacionalidad, hay que concluir necesariamente que la persona a la que la ley considera apta para adquirir la condición de francés queda excluida del trato que se da a los extranjeros desde el momento en que se presenta para cumplir dicha ley, desde el instante en que su derecho deja de ser eventual para convertirse en efectivo[60].

39. Si se tiene en cuenta la abundante práctica nacional e internacional antes mencionada y una opinión doctrinal tan antigua como ampliamente mayoritaria a este respecto, procede ser cuando menos cauteloso frente a la afirmación según la cual «[n]o existe una norma general de derecho internacional consuetudinario que prohíba la expulsión de los nacionales»[61]. Y ello porque, en efecto, el *principio* que prohíbe a los Estados expulsar a sus nacionales es indiscutible en el derecho internacional, aunque, como la mayoría de los principios, va acompañado, como se verá más adelante, de ciertas excepciones. Tal principio existe en derecho internacional, ya sea como norma

[51] Documento A/CN.4/565 (nota 14 *supra*), párr. 36; véanse también las extensas notas que figuran en esas páginas, en particular la enumeración de las disposiciones de convenios internacionales en materia de derechos humanos que prohíben expresamente a los Estados expulsar a sus nacionales: la Convención americana sobre derechos humanos, art. 22, párr. 5, y el Protocolo n.º 4 al Convenio europeo de derechos humanos.

[52] Véase el Informe de progreso sobre la situación de los trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio (secc. II.*a*, párr. 9), *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999*, OEA/Ser.L/V/II.106 doc. 3, 13 de abril de 2000, cap. VI.

[53] Documento A/CN.4/565 (nota 14 *supra*), párr. 36, nota 60.

[54] Véase Tribunal Civil de Niza, 6 de enero de 1893, *Dalloz périodique* (1893), pág. 345 y la nota de Dupuis, citada en Martini, *op. cit.*, pág. 156, nota 1; Corte de Casación, 28 de mayo de 1903, *Journal de droit international privé et de la jurisprudence comparée* (1904), pág. 689, y Tribunal Civil de París, 30 de junio de 1905, ibíd. (1907), pág. 730; véase también Darut, *op. cit.*, pág. 207, y De Boeck, «L'expulsion…», pág. 590.

[55] Martini, *op. cit.*, pág. 26.

[56] Ibíd., pág. 27.

[57] Sentencia reproducida en Martini, *op. cit.*, pág. 28.

[58] Ibíd., pág. 30; en el mismo sentido, véase la nota 2, donde se cita a Garraud, *Traité du droit pénal français*, vol. 1, n.º 178, pág. 333, y Larcher, nota sobre Argel (3 de diciembre de 1903), *Revue algérienne* (1906), pág. 17.

[59] Véase Darut, *op. cit.*, pág. 75.

[60] Ibíd., pág. 94.

[61] Doehring, «Aliens, expulsion and deportation», vol. 1, pág. 110.

consuetudinaria o como principio general del derecho. Tal pareció ser la opinión del IDI en el marco del examen del «derecho de admisión y expulsión de extranjeros», como indican en particular sus trabajos sobre la cuestión en su sesión de Ginebra de 1892. El artículo 2 de las Reglas internacionales sobre admisión y expulsión de extranjeros adoptadas en la referida sesión dispone:

En principio, un Estado no debe prohibir el acceso o la permanencia en su territorio a sus súbditos ni a quienes, tras haber perdido la nacionalidad de ese Estado, no hayan adquirido ninguna otra[62].

40. La expresión «en principio» que figura al comienzo del artículo la propuso el Sr. Desjardins, en respuesta a la preocupación expresada por el Sr. Pradier-Fodéré, que estimaba «un tanto ambiciosa»[63] la fórmula del Sr. de Bar, quien a su vez había propuesto que el artículo en cuestión se redactara del siguiente modo:

El derecho internacional se opone a cualquier acto que prohíba a los nacionales el acceso o la permanencia en el territorio del Estado a que pertenezcan. Lo mismo cabe decir de quienes, tras haber perdido su nacionalidad, no hayan adquirido ninguna otra[64].

41. La formulación era más bien abrupta. En efecto, parecía difícil declarar que el derecho internacional se oponía, de manera absoluta, a cualquier cosa. Esta afirmación se ha comprobado en relación con el derecho de expulsión y también es válida para la prohibición de expulsar, incluso a los nacionales. No obstante, ya en esa época el principio de no expulsión por un Estado de sus nacionales se extendía a ciertas categorías de personas claramente designadas o no como extranjeros por las legislaciones de determinados Estados. Así, según el artículo 2 *in fine* de la Ley de 12 de febrero de 1897 de Bélgica —que reproducía el artículo 9 del Código Civil belga, redactado a su vez en términos similares a los del artículo 9 del Código Civil francés— no podían ser expulsados:

1. El extranjero autorizado a residir en el Reino;

2. El extranjero casado con una mujer belga con quien haya tenido uno o varios hijos nacidos en Bélgica durante su residencia en el país;

3. El extranjero casado con una mujer belga que haya residido en el país durante más de cinco años y tenga en Bélgica su residencia permanente;

4. El nacido en Bélgica de un extranjero y que resida en su territorio, mientras dure el plazo de opción previsto en el artículo 9 del Código Civil[65].

42. Del mismo modo, en Luxemburgo, la Ley de 30 de diciembre de 1893 disponía que el menor que reúna las condiciones para realizar la declaración de opción de nacionalidad «no podrá ser expulsado antes de que venza el plazo para ejercer la opción»[66]. La legislación de los Países Bajos en ese momento disponía igualmente que «no podrá expulsarse al extranjero que, siendo residente en el país, haya contraído matrimonio con una neerlandesa y tenga hijos nacidos en el Reino»[67]. En el Brasil, la Ley de 7 de enero de 1907 «relativa a la expulsión de los extranjeros del territorio nacional» declaraba por su parte que «[n]o podrá expulsarse al extranjero que haya residido ininterrumpidamente en el territorio de la República durante dos años, o incluso durante menos tiempo, si: *a*) ha contraído matrimonio con una brasileña, o *b*) es viudo y tiene un hijo brasileño»[68]. Estas disposiciones, que figuran en el artículo 3 de la citada ley, fueron aplicadas expresamente en dos sentencias, una del Tribunal Supremo Federal de 30 de enero de 1907, y otra del Tribunal Federal de Apelaciones de 11 de febrero de 1907[69]. En Venezuela, a tenor del artículo 7 de la Ley de 16 de abril de 1903, los «extranjeros domiciliados» no sólo no podían ser expulsados, a diferencia de lo que ocurría con los «extranjeros de paso», sino que perdían su condición de extranjeros y quedaban «*ipso facto* sujetos a las responsabilidades, cargas y obligaciones que para los nacionales puede acarrear la vida política»[70]. En otros ejemplos más recientes, la actual legislación de Italia incluye en la categoría de extranjeros que no pueden ser expulsados del territorio nacional, y que, a este respecto, reciben un trato comparable al de los nacionales italianos, a las siguientes personas: los menores, con algunas excepciones, las mujeres embarazadas, las personas perseguidas, los refugiados y solicitantes de asilo, los extranjeros que viven con sus parientes hasta el cuarto grado y los titulares de permisos de residencia[71]. A la luz de estas legislaciones, puede concluirse que hay Estados en los que, en particular, no puede expulsarse a los extranjeros que tienen la condición de ciudadanos por efecto de la ley, es decir, principalmente los extranjeros nacidos en el país de padres extranjeros y para los que la ley contempla una naturalización en condiciones favorables[72].

43. Así pues, el principio de no expulsión de los nacionales debe interpretarse de forma amplia en el sentido de que abarca a los que residen en un Estado, tal como el Relator Especial señaló en su segundo informe sobre la expulsión de extranjeros[73], es decir, que se extiende tanto a los nacionales, entendidos como aquellos que tienen la nacionalidad de un Estado, como a ciertos «extranjeros» que gozan de un estatuto similar al de los nacionales en virtud de la legislación del Estado de acogida o de sus vínculos con éste. El Comité de Derechos Humanos se expresó en este sentido en el caso *Stewart* c. *Canadá*[74]. Analizando este caso, Gaja escribió:

El artículo 12, párr. 4, del Pacto Internacional [de Derechos Civiles y Políticos] dispone: «Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país». En *Stewart* c. *Canadá*, el Comité de Derechos Humanos sostuvo con respecto a un nacional británico

[62] *Annuaire*, vol. 12, pág. 219.

[63] Ibíd., pág. 188.

[64] Ibíd., pág. 187.

[65] *Annuaire de législation étrangère*, t. 27 (1898), págs. 514 y 515.

[66] Ruppert, *Code pénal et code d'instruction criminelle suivis des lois spéciales et règlements particuliers en matière répressive en vigueur dans le Grand-Duché du Luxembourg*, pág. 467.

[67] Jitta, «Le droit d'expulsion des étrangers dans la législation des Pays-Bas», pág. 69.

[68] Darras, *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, pág. 855. Véase también *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée*, vol. 34 (1907), pág. 1217.

[69] Sentencias reproducidas en Darras, *op. cit.*, págs. 821 y ss.

[70] *Annuaire de législation étrangère* (1904), pág. 740.

[71] Véase Bonetti, «Italy», pág. 339.

[72] Véase Martini, *op. cit.*, pág. 49.

[73] *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/573.

[74] Véase Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento n.º 40* (A/52/40), vol. II, anexo VI.G, párrs. 12.3 a 12.5.

expulsado del Canadá que, «si el párrafo 4 del artículo 12 se aplicara al autor, al Estado parte le estaría vedado deportarlo». Interpretando el párrafo 4 del artículo 12 en conjunción con el artículo 13, que se refiere a la expulsión de extranjeros «que se halle[n] legalmente en el territorio de un Estado Parte», el Comité entendió que «su propio país», como concepto, se aplica a las personas que son nacionales y a ciertas categorías de personas que, aunque no son nacionales en sentido formal, tampoco son «extranjeros» en el sentido del artículo 13. Ello dependería de «los vínculos especiales y las pretensiones que se tengan en relación con un país determinado». El Comité se refirió a los «nacionales de un país que hayan sido privados de su nacionalidad en violación del derecho internacional y de las personas cuyo país se haya incorporado o transferido a otra entidad nacional cuya nacionalidad se les niega». El Comité también mencionó «otras categorías de residentes de larga duración, en particular los apátridas privados arbitrariamente del derecho a adquirir la nacionalidad del país de residencia». En cambio, los inmigrantes fueron excluidos, quizás con una excepción, que no se aplicaba al caso bajo examen: «si el país de inmigración estableciera impedimentos no razonables a la adquisición de la nacionalidad por los nuevos inmigrantes»[75].

44. No obstante, ese autor considera que se trata de una cuestión controvertida y que la dificultad procede de que

[e]l párrafo 4 del artículo 12 supone que una persona sólo puede considerar como propio a un solo país, mientras que los inmigrantes extranjeros a los que hacía referencia el Comité probablemente habrían conservado su nacionalidad de origen y, por lo tanto, podrían haber ejercido el derecho de ingresar a un Estado y de no ser expulsados de él en relación con dos Estados: el Estado de su nacionalidad y el Estado de residencia[76].

45. Sin embargo, los casos enumerados en la decisión del Comité de Derechos Humanos son bastante precisos y no permiten deducir que cualquier migrante extranjero pueda solicitar con éxito al Comité el beneficio de que interprete extensivamente la noción de «su propio país»[77].

46. Sea como fuere, tanto en la práctica como en la doctrina se admite que ciertas categorías de personas que no son nacionales propiamente dichos de un Estado tampoco son extranjeros en el sentido del proyecto de artículo 1 propuesto en el segundo informe sobre la expulsión de extranjeros[78] y pueden, por tanto, escapar a la expulsión. En este sentido, los autores de *Oppenheim's International Law* escriben: «El Estado puede asimilar a ciertos extranjeros a sus propios nacionales, lo que afecta la facultad de expulsarlos que tiene según sus propias leyes»[79]. Así, en la causa relativa al terrorismo italiano en el Tirol meridional, el Tribunal Supremo de Austria estimó que no podía expulsarse de ese país a nacionales italianos nacidos en el Tirol meridional, ya que una ley austríaca exige que sean tratados como nacionales a efectos administrativos[80].

47. En la legislación contemporánea de cierto número de Estados se consagra este principio de no expulsión por un Estado de sus nacionales. Lo mismo ocurre con las disposiciones de algunos convenios internacionales, en particular las convenciones regionales de derechos humanos. Así, el artículo 22, párr. 5, de la Convención americana sobre derechos humanos dispone de manera inequívoca que: «Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo». En una redacción más matizada pero igualmente explícita, el artículo 3, párr. 1, del Protocolo n.º 4 al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales estipula lo siguiente: «Nadie podrá ser expulsado en virtud de una medida individual o colectiva del territorio del Estado del cual sea nacional». Tal prohibición también puede deducirse *a contrario* del artículo 12, párr. 4, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[81] y del artículo 12, párr. 2, de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

48. Comúnmente se considera que el derecho de un nacional a vivir en su propio país es un elemento esencial de la relación entre un Estado y sus nacionales[82]. Además, dado que la expulsión de un extranjero se dirige al Estado del que el extranjero es nacional, ¿contra qué Estado se realizaría la expulsión de un nacional?[83]. Por ello, se ha afirmado fundadamente que «en general, un Estado no puede expulsar a sus propios nacionales dado que ningún otro Estado tiene la obligación de recibirlos»[84].

49. En este caso concreto, el derecho internacional afirma o reconoce el principio, sin que ello implique la imposibilidad de establecer excepciones.

ii) *Excepciones*

50. Según se enuncia en el párrafo 1 del artículo 3 del Protocolo n.º 4 al Convenio europeo de derechos humanos antes citado, la norma de la no expulsión de los propios nacionales es categórica y no parece tener excepciones. La exposición de motivos del proyecto de Protocolo indica que se trata de una opción deliberada de los redactores del texto, que estimaron que en el marco del Consejo de Europa era posible dotar a la prohibición de expulsión por un Estado de sus nacionales de un carácter absoluto que era difícil imponer en el marco de las Naciones Unidas[85].

51. No obstante, el carácter absoluto que parece desprenderse de la letra de esta disposición no se corresponde enteramente con el espíritu de sus redactores. En efecto, del informe explicativo del Comité de Expertos que redactó el Protocolo n.º 4 se desprende que el derecho de una persona a entrar en el territorio del Estado del que es nacional no puede interpretarse en el sentido de que le confiera un derecho absoluto a permanecer en ese territorio: con carácter ilustrativo, el informe menciona la hipótesis de un delincuente que, tras ser extraditado por el Estado del que es nacional, se fugara de la prisión

[75] Gaja, *loc. cit.*, págs. 292 y 293.

[76] Ibíd., pág. 293.

[77] A/52/40 (véase la nota 74 *supra*), párr. 12.3.

[78] *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/573.

[79] Jennings y Watts, *Oppenheim's International Law*, pág. 940, nota 1.

[80] Véase Austria, Tribunal Supremo, 8 de octubre de 1968, ILR, vol. 71, págs. 235 a 238.

[81] El párrafo 4 del artículo 12 dispone: «Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país».

[82] Véase la nota 61 *supra*.

[83] Como ha escrito Gaja (*loc. cit.*, pág. 292): «El motivo que justifica esta prohibición y la correspondiente obligación del Estado nacional de admitir a sus nacionales es, antes que nada, garantizar a las personas un derecho fundamental que evite que acaben compartiendo el destino del capitán del *Holandés Errante*. Además, la prohibición de expulsar a los nacionales y la obligación de admitirlos permite que Estados distintos del de la nacionalidad puedan llevar a cabo la expulsión».

[84] Véase la nota 79 *supra*; véase también Gaja (*loc. cit.*, pág. 292), quien observa: «Podría afirmarse que la expulsión de nacionales está prohibida por el derecho internacional».

[85] Véase Lochak, «Article 3», pág. 1054.

del Estado requirente, en cuyo caso no podría invocar un derecho incondicional a encontrar refugio en su país[86].

52. Por lo demás, es preciso observar que el principio de la no expulsión por un Estado de sus nacionales ha tenido varias excepciones en el pasado, sobre todo a finales del siglo XIX y principios del XX, debidas principalmente a las situaciones políticas particulares imperantes en ciertos Estados.

53. Así, en Francia, con arreglo a los artículos 2 y 3 de la Ley de 14 de marzo de 1872 (derogada posteriormente por una Ley de 1.º de julio de 1901) que establecían ciertas penas contra los afiliados a la Asociación Internacional de Trabajadores, la facultad de expulsar podía aplicarse a los franceses que fueran condenados por consumar dicha afiliación[87]. En el mismo orden de ideas, la Ley de 22 de junio de 1886, denominada «Ley de los príncipes», prohibía entrar en el territorio francés a los jefes de las familias que hubieran reinado en Francia y a sus herederos directos, y autorizaba al Gobierno a prohibir la entrada a los demás miembros de esas familias mediante decreto aprobado en Consejo de Ministros. Aunque esta Ley sólo se dirigía a una categoría bien determinada y bastante restringida de franceses, no deja de ser cierto que los franceses que entraban en esa categoría eran expulsados de Francia[88]. Los franceses también podían ser expulsados «de países de protectorado no cristianos»[89], y podían ser expulsados además de las colonias mientras estuvieron vigentes las órdenes que lo permitían, concretamente hasta que los Decretos de 7 y 15 de noviembre de 1879 y 26 de febrero de 1880 retiraron a los gobernadores de las colonias los derechos que las citadas órdenes les conferían al respecto[90].

54. Los ejemplos de expulsión de nacionales en épocas anteriores, relativos en general a las familias reales destronadas y a otros casos de destierro, son muy poco comunes hoy día[91]. No obstante, la formulación del párrafo 2 del artículo 12 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que parece dirigirse por igual a extranjeros y nacionales, permite pensar que en ciertos casos éstos pudieran verse privados de la posibilidad de entrar o volver a sus países (no admisión) y, por extensión, ser objeto de expulsión. Dicho artículo dispone:

> Todo individuo tendrá derecho a salir de cualquier país, incluido el suyo, y a retornar a su propio país. Este derecho sólo está sujeto a las restricciones estipuladas por la ley para la protección de la seguridad nacional, la ley y el orden, la salud pública o la moral.

55. Ciertamente, es posible que la intención de los redactores de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos fuera aplicar esas restricciones únicamente a los extranjeros. La inexistencia de trabajos preparatorios de esa Carta, al margen de algunos fragmentos, no permite deducir con exactitud la intención de los redactores. En cualquier caso, cabe contemplar la hipótesis de que un Estado pueda, en ciertas circunstancias y por motivos a menudo relacionados con la alta política o la seguridad nacional, expulsar a uno de sus nacionales, al margen incluso de los casos bastante frecuentes en que las autoridades de un Estado obligan mediante su comportamiento a algunos de sus nacionales a exiliarse o convertirse en refugiados políticos. La expulsión negociada a Nigeria de Charles Taylor —antiguo señor de la guerra convertido en jefe de Estado de Liberia— bajo la acusación de perpetrar numerosas atrocidades en su país es una indicación en este sentido. Es cierto que la salida de Taylor fue negociada entre éste, el Estado de acogida y varias potencias occidentales especialmente interesadas en la situación liberiana; por consiguiente, no fue una decisión unilateral de las autoridades liberianas. No obstante, en la situación particular de ese país, cualquier nuevo gobierno habría adoptado gustosamente la decisión de expulsar al interesado del país, siempre que hubiera habido otro dispuesto a acogerlo. En efecto, la única exigencia dirimente para la expulsión de un nacional es la existencia de un Estado de acogida. Dicho de otro modo, la expulsión por un Estado de sus nacionales no puede llevarse a cabo sin el consentimiento expreso de un Estado de acogida[92].

---

[86] Ibíd. La violación del párrafo 1 del artículo 3 del Protocolo n.º 4 se ha invocado en varias demandas interpuestas ante la Comisión Europea de Derechos Humanos aunque en ninguna ocasión ha prosperado: véanse, en particular, la demanda interpuesta contra la República Federal de Alemania y Austria por un ciudadano alemán condenado a cuatro años de prisión en Austria y expulsado provisionalmente a la República Federal de Alemania en el marco de un procedimiento penal, y que alegaba que su regreso a Austria para cumplir su pena era contrario al párrafo 1 del artículo 3 (demanda n.º 6189/73, *Décisions et rapports* 46, pág. 214); la demanda de un nacional turco y su mujer de nacionalidad francesa contra Francia, en la que alegaban que la expulsión del marido tras ser condenado a salir definitivamente del territorio francés por vulnerar la legislación sobre estupefacientes implicaba directamente expulsar a su esposa francesa de su propio país (demanda n.º 11939/86, *Kilicarslan et Kilicarslan* c. *France*, decisión de 13 de octubre de 1987); y la demanda de una persona buscada por la policía francesa en un caso de homicidio y que al poseer la doble nacionalidad francesa e israelí se había refugiado en Israel, desde donde alegaba que su extradición a Francia era contraria al párrafo 1 del artículo 3 (demanda n.º 13287/87, *Nakache* c. *France*, decisión de 15 de octubre de 1987).

[87] Véase Martini, *op. cit.*, pág. 38.

[88] Ibíd., págs. 38 y 39.

[89] Ibíd., pág. 40. El artículo 82 del Edicto de junio de 1778 disponía: «En todos los casos que afecten a la política o la seguridad de nuestros súbditos […] nuestros cónsules podrán ordenar la detención y la vuelta a Francia, en buques de la nación, de cualquier francés que, por su mala conducta o sus intrigas, pueda poner en peligro el bien general». Este derecho de expulsión fue confirmado por la Ley de 28 de mayo de 1836. Así, los franceses podían ser expulsados de Turquía, Egipto y Bulgaria en virtud de capitulaciones y, en las mismas condiciones, de China y los Estados del Imán de Mascate en virtud de una Ley de 8 de julio de 1852, así como de Corea y Siam. Asimismo, podían ser expulsados de Marruecos en virtud de los tratados celebrados entre Marruecos y las potencias occidentales (ibíd., págs. 40 a 42).

[90] Ibíd., pág. 42.

[91] Tal vez fueron esos antiguos ejemplos lo que llevó a los redactores del párrafo 1 del artículo 3 del Protocolo n.º 4 al Convenio europeo de derechos humanos a emplear el término «exilado» (en lugar de «expulsado») en el proyecto inicial de esta disposición, que tenía el siguiente tenor: «Nadie podrá tener la condición de exilado en el Estado del que sea nacional. Toda persona será libre de entrar en el Estado del que sea nacional» (véase Lochak, «Article 3», pág. 1053). En el fondo, importa poco el término que se utilice: el Relator Especial ya expuso en su segundo informe (*Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/573, párr. 153) que el término «expulsión» se entendía en sentido amplio e incluía cualquier medida o comportamiento que obligara a un extranjero a abandonar el territorio del Estado donde se encontrara, con independencia del carácter regular o no de su situación. La Comisión Europea de Derechos Humanos también entendió dicho término en el mismo sentido en el caso *Becker* c. *Danemark* (demanda n.º 7011/75, decisión de 3 de octubre de 1975, *Décisions et rapports* 4, pág. 236) (véase Lochak, «Article 4», pág. 1058).

[92] Véase el documento A/CN.4/565 (nota 14 *supra*), párr. 36 y los pasajes inequívocos de las obras que se citan en la nota 58 de ese documento.

56. Es evidente que el expulsado dispone del derecho de regresar a su propio país: a este respecto, el Estado que expulsa tiene la obligación de acoger en todo momento a la persona expulsada a petición del Estado que lo hubiera acogido. El Estado que expulsa no puede oponerse a ese derecho de retorno, pues de lo contrario estaría poniendo a su nacional en la misma situación que un apátrida.

57. Habida cuenta de lo expuesto, se propone el siguiente proyecto de artículo:

«*Proyecto de artículo 4. No expulsión por un Estado de sus propios nacionales*

1. Un Estado no podrá expulsar a sus propios nacionales.

2. No obstante, si por motivos excepcionales debe proceder a tal expulsión, sólo podrá llevarla a cabo con el consentimiento de un Estado de acogida.

3. Una persona expulsada de su propio país tendrá derecho a regresar a él en todo momento a petición del Estado de acogida.»

b) *Principio de no expulsión de un refugiado*

58. En primer lugar, parece necesario distinguir desde el punto de vista jurídico las nociones de «refugiado» y «solicitante de asilo». Al igual que ocurre en el lenguaje corriente, sobre todo en el de la administración, en realidad ciertas legislaciones nacionales e incluso el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes designan como «solicitantes de asilo» a quienes aspiran a obtener el estatuto de refugiado[93]. Por ejemplo, el artículo 1 de ese Convenio define la solicitud de asilo como una solicitud presentada por un extranjero con el fin de obtener el reconocimiento de su condición de refugiado de acuerdo con la Convención sobre el estatuto de los refugiados y el derecho de residencia invocando tal condición. En efecto, el candidato a obtener el estatuto de refugiado sólo aspira, a través de su solicitud, a conseguir que el Estado territorial le ofrezca su protección permitiéndole permanecer en su territorio, lo que no se diferencia del asilo territorial.

59. Sin embargo, las nociones de refugio y asilo territorial son diferentes y se distinguen una de otra en el plano jurídico. Tal distinción se contempla en el artículo 2, titulado «Asilo», de la Convención de la OUA que regula los aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África. Dicho artículo enuncia el compromiso de todos los Estados miembros de la OUA de «hacer todo lo que esté a su alcance, dentro del ámbito de sus legislaciones respectivas, para acoger a los refugiados y para asegurar el establecimiento de aquellos que, por razones fundadas, no pueden o no desean regresar a su país de origen o al país de su nacionalidad». De esta disposición se desprende que: *a*) no todos los refugiados están llamados a convertirse necesariamente en asilados, y *b*) el estatuto de los asilados lo determina la legislación nacional de cada Estado, a diferencia del estatuto de los refugiados, que se regula por el derecho internacional. Dicho de otro modo, la condición de refugiado procede del derecho internacional, mientras que el asilo territorial es competencia exclusiva del derecho interno[94]. En virtud de lo anterior, se examinarán por separado las normas aplicables a la expulsión de ambas categorías de personas, tanto más cuanto que no parece existir un principio de no expulsión de los asilados en el derecho internacional.

60. En lo que respecta a la no expulsión de un refugiado, se tratará en primer lugar de delimitar el principio antes de examinar las excepciones que permiten las normas y la práctica internacionales.

i) *Principio*

61. Como se expuso en el segundo informe sobre la expulsión de extranjeros[95], la definición de refugiado que ofrece la Convención sobre el estatuto de los refugiados es restrictiva y excluye a diversas categorías de personas que el derecho internacional regional, la doctrina y la práctica contemporáneos consideran refugiados. Frente a la definición de la Convención de 1951 que ha sido calificada de «eurocéntrica en su génesis»[96], en la medida en que tenía por objeto proteger a refugiados políticos que temían ser perseguidos en sus países de origen, y de fundamentalmente «individualista» porque sólo permitía conceder el estatuto de refugiado a personas individuales, varios autores han propuesto definiciones cada vez más amplias de la noción de refugiado[97]. Los textos regionales han permitido colmar las insuficiencias de la Convención y el Protocolo sobre el estatuto de los refugiados y hacer frente a los flujos masivos de refugiados que se produjeron en los años sesenta y setenta especialmente en África y América Central.

62. La extensión o no del beneficio del estatuto de refugiado a los familiares del refugiado depende de los

[93] Véase Teitgen-Colly, «Le droit d'asile: la fin des illusions», pág. 99.

[94] En Francia, por ejemplo, el asilo territorial se regula en el preámbulo de la Constitución de 1946 y en las leyes relativas a la ordenación de la inmigración y las condiciones de entrada, acogida y estancia de los extranjeros en Francia, en particular la Ley de 24 de agosto de 1993 (véase *Journal officiel de la République française*, 29 de agosto de 1993, pág. 12196).

[95] *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/573, párrs. 57 a 71.

[96] Casanovas, «La protection internationale des réfugiés et des personnes déplacées dans les conflits armés», pág. 35.

[97] Se ha sostenido que la definición debía incluir a las personas que hubieran realizado actos de resistencia contra regímenes de opresión que no reconocieran las libertades públicas (véase Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, págs. 220 a 225); o, de manera más amplia, que debería proteger a la personas que huyeran de países que violaran sistemáticamente los derechos humanos generalmente reconocidos (véase Aleinikoff, «The meaning of 'persecution' in United States asylum law», págs. 12 y 13, y Hathaway, *The Law of Refugee Status*, págs. 106 a 112). Según una interpretación mucho más extensiva todavía, cuando numerosos refugiados huyeran de situaciones de conflicto interno y desorden civil no tendría que ser necesario demostrar la persecución y debería bastar una presunción de persecución para que la Convención de 1951 se aplicara al solicitante del estatuto de refugiado (véase Steinbock, «The refugee definition as law: issues of interpretation», págs. 34 y 35).

Estados: ciertas legislaciones son generosas[98], mientras que otras son más bien restrictivas[99]. En cualquier caso, una vez que una persona adquiere el estatuto de refugiado su familia goza de una protección jurídica cuyo elemento principal es que sólo puede ser expulsada por ciertos motivos precisos y limitados.

63. Sin embargo, el principio de no expulsión del refugiado está formulado de una manera negativa que atenúa su alcance y lo priva de carácter absoluto. Así, el párrafo 1 del artículo 32 de la Convención sobre el estatuto de los refugiados dispone:

> Los Estados Contratantes no expulsarán a refugiado alguno que se halle legalmente en el territorio de tales Estados, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público.

64. Como se desprende de esta disposición, puede afirmarse la existencia de un principio de no expulsión de los refugiados, aunque por deducción. En efecto, si se analiza la estructura de esta disposición, se observa que la fórmula «no […] a no ser» introduce un límite extremo al principio según el cual no puede expulsarse a los refugiados. Dicho de otro modo, en principio los refugiados no pueden ser objeto de medidas de expulsión; en última instancia, por así decirlo, sólo pueden ser expulsados por dos razones no cumulativas: la seguridad nacional y el orden público.

65. Por su parte, la Convención de la OUA que regula los aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África introduce la idea de «repatriación voluntaria» que no existe en la Convención ni en el Protocolo sobre el estatuto de los refugiados. Si nos atenemos a la idea que subyace a lo dispuesto en el artículo V de la Convención de la OUA, puede concluirse que existe un principio absoluto de no expulsión de los refugiados, entendiendo la expulsión en el sentido amplio con que define en el segundo informe sobre la expulsión de extranjeros[100]. El artículo V en cuestión dispone lo siguiente en su párrafo 1:

> Se respetará en todos los casos el carácter esencialmente voluntario de la repatriación, y ningún refugiado será repatriado en contra de su voluntad.

No obstante, la Convención de la OUA de 1969, al igual que la Declaración de Cartagena sobre los refugiados, de 1984, en lo que respecta a América Central[101], no sólo debe entenderse como complementaria de la Convención sobre el estatuto de los refugiados, sino que también cabe afirmar que la «expulsión» y la «repatriación» son dos nociones diferentes que obedecen a procedimientos distintos puestos en marcha por razones que no son idénticas.

66. El artículo 33 de la Convención sobre el estatuto de los refugiados parece establecer igualmente un principio de no expulsión, aunque de forma atenuada porque, por una parte, se refiere a un caso concreto en que podrían vulnerarse ciertos derechos fundamentales del refugiado y, por otra, la expulsión puede llevarse a cabo por ciertos motivos tasados. En efecto, bajo el título un tanto engañoso de «Prohibición de expulsión y de devolución (‘*refoulement*’)», dicho artículo dispone:

> 1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.
>
> 2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

67. La proximidad entre los artículos 32 y 33, en particular si se tienen en cuenta sus títulos, permite pensar *prima facie* que el artículo 32 enuncia una norma permisiva, mientras que el artículo 33 establece una norma prohibitiva. A decir verdad, no es ese el caso. Puede observarse que ambas disposiciones contienen a la vez una prohibición y una autorización. El párrafo 2 del artículo 33 amplía el alcance de los motivos de expulsión de los refugiados que figuran en el párrafo 1 del artículo 32. Así, mientras que éste sólo contempla los motivos de «seguridad nacional o de orden público», el párrafo 2 del artículo 33, que en su lugar emplea la fórmula «peligro para la seguridad del país», añade una «condena definitiva por un delito particularmente grave [que] constituya una amenaza para la comunidad de tal país». Como puede observarse, este último motivo es particularmente vago en la medida en que se ignora cuál puede ser la naturaleza y gravedad de la «amenaza» en cuestión. Además, ¿en qué se diferencia tal motivo de las «razones de orden público»? En cualquier caso, refuerza aún más las facultades de apreciación del Estado que expulsa en caso de expulsión de un refugiado y, con ello, cuestiona severamente los límites estrictos que establece el párrafo 1 del artículo 32. A la inversa del párrafo 2, el párrafo 1 del

---

[98] En el Camerún, por ejemplo, el artículo 5 de la Ley 2005/006 de 27 de julio de 2005 por la que se aprueba el estatuto de los refugiados dispone:

«1) Los familiares de una persona que tenga la consideración de refugiado conforme a los artículos 2, 3 y 4 *supra* que la acompañen o se reúnan con ella se considerarán también refugiados, a no ser que su nacionalidad sea distinta de la del refugiado y gocen de la protección del país del que sean nacionales.

2) Si, una vez que se haya reconocido al cabeza de familia la condición de refugiado, se rompe la cohesión familiar por divorcio, separación o fallecimiento, los familiares a los que se hubiera reconocido la condición de refugiado en virtud del párrafo 1 *supra* seguirán gozando de ella, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4.

3) A efectos de lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 *supra*, por familiares de una persona que tenga la condición de refugiado se entenderán el o los cónyuges, los hijos menores de edad y los demás miembros de su familia que estén a su cargo.

4) Las decisiones que se adopten en aplicación de lo dispuesto en los artículos 3 y 4 de la presente Ley no afectarán automáticamente a los demás familiares tal como se definen en el párrafo 3 *supra*.»

En particular, el último párrafo del artículo significa que la pérdida de la condición de refugiado por el cabeza de familia o su expulsión no implican automáticamente la pérdida de dicha condición o la expulsión de los miembros de su familia.

[99] Así, en Francia, mientras que la Ley de 2 de agosto de 1989 extendía el beneficio de la tarjeta de residencia a los familiares del refugiado (cónyuge e hijos menores de edad del refugiado), la Ley de 24 de agosto de 1993 relativa a la ordenación de la inmigración y las condiciones de entrada, acogida y estancia de los extranjeros en Francia y las posteriores modificaciones introducidas al respecto han supuesto un retroceso, en la medida en que aplican a la familia del refugiado el requisito de estancia regular que se exige a cualquier extranjero (art. 15, párr. 1) (véase la nota 94 *supra*).

[100] *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/573.

[101] Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (22 de noviembre de 1984), *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1984-1985* (OEA/Ser.L/V/II.66, doc.10, rev.1).

artículo 33 refuerza el principio de no expulsión al describir las circunstancias que lleva aparejadas la «prohibición» —por lo demás no absoluta, teniendo en cuenta lo dispuesto en el párrafo 2— de expulsión o de devolución del refugiado.

68. A juicio del Relator Especial, el principio no es pues la expulsión, sino la no expulsión, y la expulsión sólo es una excepción que, por otra parte, sólo es posible por ciertos motivos muy limitados.

69. Una tendencia considera hoy día que el Estado que recibe refugiados —no en sentido estricto, sino personas que se ven obligadas a abandonar su país porque resultan afectadas «por conflictos armados o acontecimientos que perturban el orden público en todo el territorio de su país de origen, de nacionalidad o de residencia habitual, o en parte de él»[102]— debe admitirlos en su territorio y respetar escrupulosamente el principio fundamental de no devolución en las fronteras[103]. Esta idea parte de la presunción de que cualquier miembro de un grupo de personas que han huido de su país por los motivos antes indicados debe considerarse *prima facie* como refugiado salvo prueba en contrario. En este orden de ideas, recientemente se ha escrito que los Estados tienen «una obligación de carácter consuetudinario» de no devolver a las víctimas de conflictos armados o de situaciones de violencia generalizada[104]. Esta apreciación se sitúa más allá de las normas convencionales pertinentes. Si tal obligación existe, implica correlativamente la de no expulsar a ese tipo de «refugiados» —es decir, los que aún no han adquirido el estatuto de refugiado y que, por tanto, podrían encontrarse irregularmente en el territorio de refugio— al menos antes de que su situación haya sido examinada por las autoridades nacionales competentes.

70. Esta tendencia doctrinal se basa en el artículo 31 de la Convención sobre el estatuto de los refugiados, titulado «Refugiados que se encuentren ilegalmente en el país de refugio», cuyo párrafo 1 dispone:

> Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales.

71. Asimismo, dicha tendencia se ve respaldada en buena medida por los trabajos recientes de la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales (CMMI), creada en diciembre de 2003 a iniciativa del Secretario General y en respuesta a la petición de la Asamblea General, que, en su resolución 58/208, de 23 de diciembre de 2003, había decidido celebrar un diálogo de alto nivel dedicado a la migración internacional y el desarrollo durante su sexagésimo primer período de sesiones en 2006 (véase el informe del Secretario General, Migración internacional y desarrollo (A/60/205)). La CMMI declara que, en sus esfuerzos por prevenir las migraciones irregulares, los Estados deben respetar sus obligaciones de derecho internacional en lo relativo a los derechos humanos de los migrantes, a la institución del asilo y a los principios de protección de los refugiados[105]. A este respecto, la CMMI sigue el principio estipulado por el Programa de Protección, establecido por el ACNUR, de que la institución del asilo no debe ser socavada por los esfuerzos destinados a prevenir la migración clandestina o ilegal. La CMMI exhorta a todos los Estados a establecer procesos rápidos, justos y eficientes para determinar el estatuto de refugiado e informar con prontitud a los solicitantes de asilo sobre el resultado de su pedido. Más en concreto, la CMMI recomienda que:

> En situaciones de afluencia masiva, los Estados deben considerar la admisión *prima facie* del estatuto de refugiado para los recién llegados, práctica que desde hace muchos años genera buenos resultados en África y otras regiones en desarrollo[106].

72. La no expulsión de los interesados durante el examen de su situación se asemeja a la «protección temporal», que se distingue de la «protección subsidiaria». El informe elaborado en el marco de las consultas mundiales celebradas bajo los auspicios del ACNUR considera que la protección temporal, que es una respuesta específica y provisional de protección frente a situaciones de afluencia masiva que ofrece una protección de urgencia inmediata contra la devolución, debe distinguirse necesariamente de las demás formas complementarias de protección que se otorgan tras determinar el estatuto y otorgar un estatuto definitivo[107]. Tal protección se concede a personas que forman parte de un grupo determinado en virtud de una decisión política. Por el contrario, la «protección subsidiaria»[108], que se encuentra sobre todo en la legislación de los países de la UE, es un estatuto reconocido legalmente que se concede en casos individuales.

73. Algunas legislaciones nacionales aplican esa protección temporal a los candidatos a adquirir el estatuto de refugiado. A este respecto, la práctica de Francia es muy interesante. Así, a diferencia de la Convención sobre el estatuto de los refugiados, que simplemente prohíbe a los Estados Contratantes que, por expulsión o devolución, pongan «en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre» (art. 33, párr. 1), el párrafo 4 del preámbulo de la Constitución de Francia de 27 de octubre de 1946, al que se remite la Constitución vigente de 4 de octubre

---

[102] Véase la declaración adoptada en Sevilla en febrero de 1994 en el marco de una jornada de estudios sobre «Refugiados: derecho y solidaridad», citada por Casanovas, *loc. cit.*, pág. 82.

[103] Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Conclusiones n.º 22 (XXXII), 1981, «Protección de las personas que buscan asilo en situaciones de afluencia en gran escala», párr. II.A.1, y n.º 19 (XXXI), 1980, «Refugio provisional», párr. *b*, i). *Contra*, Hailbronner «*Non-refoulement* and 'humanitarian' refugees: customary international law or wishful legal thinking?», pág. 857.

[104] Eggli, *Mass Refugee Influx and the Limits of Public International Law*, pág. 165.

[105] Véase *Informe de la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales. Las migraciones en un mundo interdependiente: nuevas orientaciones para actuar* (Suiza, SRO-Kundig, 2005), cap. III, también disponible en el sitio www.gcim.org/mm/File/Spanish.pdf.

[106] Ibíd., párr. 44.

[107] Consultas mundiales sobre la protección internacional, tercera sesión, «Formas complementarias de protección», documento EC/GC/01/18 del ACNUR, 4 de septiembre de 2001, párr. 11, apdo. *g*.

[108] Casanovas, *loc. cit.*, pág. 127. Véase también Chetail, «Le droit des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme: le bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains et dégradants», pág. 208.

de 1958, implica, según el Consejo Constitucional, «que, de manera general, debe permitirse que el extranjero que reclama ese derecho permanezca provisionalmente en el territorio hasta que se dé respuesta a su petición»[109]. Esta solución se inspira directamente en la adoptada por la Asamblea del Consejo de Estado que, en dos ocasiones, ha reconocido la conveniencia de que se permita que un solicitante de asilo que reclama el estatuto de refugiado permanezca provisionalmente en territorio francés hasta que la Oficina Francesa de Protección de los Refugiados y los Apátridas o, en su caso, la Comisión de Recursos de los Refugiados se hayan pronunciado sobre su solicitud[110].

74. Este «principio» —por utilizar el término empleado por un autor[111]— no tiene el mismo fundamento en opinión del Consejo de Estado y el Consejo Constitucional: para este último se basa en el preámbulo de la Constitución, mientras que para el primero se basa en el párrafo 2 del artículo 31 de la Convención sobre el estatuto de los refugiados y en la Ley de 25 de julio de 1952 por la que se crea la Oficina Francesa de Protección de los Refugiados y los Apátridas. Sea como fuere, su consagración jurisprudencial no está exenta de restricciones. En efecto, en sus resoluciones, el Consejo de Estado admite que cuando es manifiesto que la solicitud sólo tiene por objeto impedir la adopción de una medida de alejamiento contra un extranjero ya presente en el territorio nacional y que se encuentre en situación irregular, la administración no está obligada a expedir los documentos que permitan a los solicitantes de asilo permanecer en Francia hasta que se pronuncie la Oficina Francesa de Protección de los Refugiados y los Apátridas o, en caso de apelación, hasta que la Comisión de Recursos de los Refugiados dicte su resolución[112].

ii) *Excepciones*

75. Sólo puede expulsarse a un refugiado del territorio del Estado de acogida por razones relacionadas con la seguridad o el orden público. Como se ha visto, en el derecho interno se admiten y aplican desde hace mucho tiempo estas excepciones, que están recogidas a nivel internacional en el artículo 31 de la Convención sobre el estatuto de los refugiados. Por tanto, no es preciso dedicar más tiempo a demostrar su existencia. Sin embargo, cabe preguntarse por el contenido exacto y por el significado de los conceptos de menoscabo de la seguridad y amenaza o menoscabo del orden público. No es fácil responder a esta pregunta, ya que la apreciación de las situaciones que pueden calificarse de una u otra manera puede variar según el Estado, la época o el contexto. No cabe duda de que la facultad de apreciar estos menoscabos o amenazas corresponde a cada Estado, y así se prevé tanto en los textos internacionales como en los ordenamientos jurídicos nacionales.

76. Cabría incluir en estos conceptos de seguridad y orden público, y más concretamente en el de seguridad, un fenómeno que en la actualidad ha cobrado una magnitud sin precedentes y que es motivo de preocupación para los Estados: el terrorismo. Pero la violencia indiscriminada y los efectos devastadores que lo caracterizan le confieren una naturaleza singular que justifica un tratamiento específico. Este es el criterio que ha seguido la comunidad internacional a la hora de tratar los actos constitutivos de terrorismo, que no es un delito ordinario.

77. Del análisis de la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad, de 28 de septiembre de 2001, se deduce que un refugiado puede ser expulsado en razón de sus actividades terroristas o relacionadas con el terrorismo. En el apartado *d* del párrafo 2 de esta resolución, el Consejo de Seguridad «*[d]ecide*» que todos los Estados:

> *d*) Impidan que quienes financian, planifican, facilitan o cometen actos de terrorismo utilicen su territorio para esos fines, contra otros Estados o sus ciudadanos.

En los apartados *f* y *g* del párrafo 3, el Consejo de Seguridad «*exhorta*» a todos los Estados a:

> *f*) Adoptar las medidas apropiadas de conformidad con las disposiciones pertinentes de la legislación nacional y el derecho internacional, inclusive las normas internacionales de derechos humanos, antes de conceder estatuto de refugiado, con el propósito de asegurarse de que los solicitantes de asilo no hayan planificado ni facilitado actos de terrorismo, ni participado en su comisión;
>
> *g*) Velar, de conformidad con el derecho internacional, por que el estatuto de refugiado no sea utilizado de modo ilegítimo por autores, organizadores o patrocinadores de actos de terrorismo.

78. A la luz de estas disposiciones, el extranjero que sea un refugiado de hecho, es decir, la persona que, temiendo por su vida, haya huido de su Estado de origen pero aún no haya adquirido el estatuto jurídico de refugiado, podría ser expulsado por sus actividades terroristas o destinadas a facilitar la comisión de actos terroristas. La obligación de denegar el refugio o el asilo que se deriva de dichas disposiciones lleva aparejado el correspondiente derecho de expulsión cuando el Estado de acogida se halle ante las situaciones descritas en los párrafos citados de la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad.

79. Por lo que respecta a la práctica legislativa de los Estados, en la República Unida de Tanzanía, el artículo 22 de la Ley de 2002 de prevención del terrorismo es un ejemplo de disposición destinada a impedir que el territorio del país se utilice como refugio desde el que se puedan lanzar ataques contra otros Estados[113] y podría, en su caso, servir de base jurídica para la expulsión de los extranjeros, incluidos los refugiados.

---

[109] Consejo Constitucional, decisión n.º 93-325 DC de 13 de agosto de 1993, *Journal officiel de la République française*, 18 de agosto de 1993, pág. 11727.

[110] Véase Abraham, «La reconduite à la frontière des demandeurs d'asile: conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 13 décembre 1991 (2 espèces) 1) M. Nkodia (Alfonso), 2) Préfet de l'Hérault *c.* M. Dakoury», págs. 93 y 94.

[111] Fabre-Alibert, «Réflexions sur le nouveau régime juridique des étrangers en France», pág. 1184.

[112] Ibíd.

[113] El artículo 22 de esta Ley castiga el reclutamiento o la asociación con un grupo terrorista y el adiestramiento en la República Unida de Tanzanía con vistas a cometer actos prohibidos por el apartado *a* de dicho artículo. La prohibición establecida en dicho apartado se aplica a todos los actos realizados en ese país con el fin de promover o facilitar la comisión de actos de violencia en el extranjero, con independencia de que dichos actos se materialicen o no. Véase UNODC, *La prévention des actes terroristes: une stratégie de justice pénale intégrant des normes de l'État de droit à la mise en œuvre des instruments des Nations Unies contre le terrorisme*, documento de trabajo para la asistencia técnica, pág. 30.

80. La individualización del terrorismo y su consideración como uno de los criterios que permite no aplicar el principio de no expulsión de los refugiados se enmarca sin duda más en el desarrollo progresivo que en la codificación de una norma consuetudinaria bien asentada. No obstante, lo cierto es que la adopción de este criterio no carecería de apoyo, tanto en el entramado jurídico internacional como en la práctica legislativa de los Estados. El hecho de que este criterio pueda apoyarse en una resolución del Consejo de Seguridad no carece de interés, habida cuenta del principio de legalidad que subyace en las decisiones del Consejo.

81. El análisis anterior permite proponer el proyecto de artículo siguiente:

«Proyecto de artículo 5. No expulsión de refugiados

1. Un Estado no podrá expulsar a refugiado alguno que se halle legalmente en el territorio de tal Estado, a no ser por razones de seguridad nacional, de orden público [o de terrorismo], o si el interesado, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituye una amenaza para la comunidad de tal Estado.

2. Las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo se aplicarán igualmente a cualquier persona que se halle ilegalmente en el territorio del Estado de acogida y haya solicitado el estatuto de refugiado, salvo que sea manifiesto que el único objetivo de esta solicitud es evitar cualquier medida de expulsión que pueda adoptarse contra ella [contra esa persona].»

c) *Principio de no expulsión de los apátridas*

82. Aunque el apátrida y el refugiado tengan estatutos jurídicos distintos, a menudo ambas situaciones tienen una misma causa: la huida de esas personas debido a un conflicto armado o a persecuciones por motivos raciales o políticos. En su resolución sobre el estatuto jurídico de los apátridas y de los refugiados aprobada en su sesión de Bruselas en 1936, el IDI afirmaba que «el término apátrida designa a todo individuo al que ningún Estado considera como nacional suyo»[114]. Así pues, siguiendo la corriente de pensamiento del siglo XIX, que fue «el siglo de las nacionalidades», la nacionalidad era el elemento esencial y el criterio de referencia para determinar si una persona tenía la consideración de apátrida o no. Según un enfoque más moderno y abierto, acorde con el propuesto por el Relator Especial en su segundo informe sobre la expulsión de extranjeros[115], la Convención sobre el estatuto de los apátridas sustituyó el criterio de la nacionalidad por el término «nacional», que, como se ha visto, es más amplio. El párrafo 1 del artículo 1 de dicha Convención dispone lo siguiente:

> A los efectos de la presente Convención, el término «apátrida» designará a toda persona que no sea considerada como *nacional suyo** por ningún Estado, *conforme a su legislación**.

83. El principio de no expulsión de los apátridas ya subyacía en uno de los artículos que figuraban en las Reglas internacionales sobre admisión y expulsión de extranjeros del IDI, cuyo tenor era el siguiente:

> En principio, un Estado no debe prohibir el acceso a su territorio o la residencia en él a sus súbditos, ni a quienes, después de haber perdido la nacionalidad en ese Estado, no han adquirido ninguna otra[116].

84. Esta norma no se formuló expresamente ni se codificó hasta mucho más tarde. La Convención sobre el estatuto de los apátridas reproduce la estructura de la Convención sobre el estatuto de los refugiados y confirma la aproximación entre la situación de los apátridas y la de los refugiados. Por lo que se refiere más concretamente a la expulsión, las disposiciones que regulan esta cuestión en ambas Convenciones son idénticas. El artículo 31 de la Convención sobre el estatuto de los apátridas, que reproduce literalmente los tres párrafos del artículo 32 de la Convención sobre el estatuto de los refugiados, establece lo siguiente:

> 1. Los Estados Contratantes no expulsarán a apátrida alguno que se encuentre legalmente en el territorio de tales Estados, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público.
>
> 2. La expulsión del apátrida únicamente se efectuará, en tal caso, en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes. A no ser que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional, se deberá permitir al apátrida presentar pruebas en su descargo, interponer recursos y hacerse representar a este efecto ante la autoridad competente o ante una o varias personas especialmente designadas por la autoridad competente.
>
> 3. Los Estados Contratantes concederán, en tal caso, al apátrida, un plazo razonable dentro del cual pueda gestionar su admisión legal en otro país. Los Estados Contratantes se reservan el derecho a aplicar durante ese plazo las medidas de orden interior que estimen necesarias.

85. Las observaciones formuladas en relación con el párrafo 1 del artículo 32 de la Convención sobre el estatuto de los refugiados (véase el párrafo 64 *supra*) son aplicables también al párrafo 1 del artículo 31 recién citado[117].

86. Puede observarse que, al igual que en el caso de los refugiados, estas disposiciones sólo se refieren a los apátridas en situación legal. Ciertamente, la cuestión de los apátridas que se hallan ilegalmente en el territorio del Estado de acogida es delicada, ya que es posible que algunos migrantes en situación ilegal reivindiquen fraudulentamente una situación de apatridia. Pero, ¿qué ocurre con los auténticos apátridas que se hallan ilegalmente en territorio de un Estado? ¿Puede dicho Estado expulsarlos? ¿Hacia qué país? ¿El de la última residencia? ¿En qué condiciones? ¿Las previstas en el párrafo 3 del artículo 31 para los apátridas que se hallan legalmente en el territorio del Estado? A la luz de estas preguntas, cabe dudar de la pertinencia de la distinción entre apátridas en situación legal y apátridas en situación ilegal que se desprende del párrafo 1 del artículo 31. Tanto más cuanto que, aparte de las personas que se convierten en apátridas cuando ya están en el territorio del Estado de acogida, la mayoría de los demás apátridas sólo pueden entrar en el territorio

[114] IDI, *Annuaire*, vol. 39, t. II, pág. 294.

[115] *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/573.

[116] IDI, *Annuaire*, vol. 12, pág. 219.

[117] Cabe señalar que, con arreglo al artículo 9 de la Convención sobre el estatuto de los apátridas, en tiempo de guerra o en otras circunstancias graves y excepcionales podrá decidirse la expulsión de una persona, en concepto de «medidas provisionales», hasta que el Estado Contratante llegue a determinar que tal persona es realmente un apátrida y que, en su caso, la continuación de tales medidas es necesaria para la seguridad nacional.

de dicho Estado de manera ilegal, puesto que por regla general carecen de los documentos oficiales de un Estado necesarios para solicitar la admisión en otro país.

87. El párrafo 2 del artículo 31 antes citado trata de los requisitos y de los procedimientos para la expulsión, que se analizarán cuando se examine esta cuestión.

88. En cuanto al párrafo 3, la primera frase suscita algunas dudas. En concreto, ¿de qué manera deberá el apátrida que se encuentre en vías de expulsión buscar un nuevo país de acogida? ¿Tendrán que limitarse sus gestiones a los países con representación diplomática en el Estado que expulsa? ¿No quedarán limitadas las posibilidades de que prosperen sus gestiones si existen pocas representaciones diplomáticas extranjeras en ese Estado? Por otro lado, aun suponiendo que el Estado que expulsa sea especialmente generoso a la hora de interpretar el concepto de «plazo razonable» y le conceda un plazo suficientemente amplio, ¿qué pasará si, al término de dicho plazo, las gestiones del apátrida no han dado sus frutos? ¿Podrá el Estado, aun así, expulsarlo? ¿Hacia qué país?

89. Estas preguntas, en particular la última, no son meramente teóricas. El caso *John K. Modise* c. *Botswana* ante la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos[118] pone de manifiesto que pueden plantearse en la práctica. El demandante en ese caso alegó que se le había privado injustamente de la ciudadanía de Botswana y reclamaba esta ciudadanía invocando las siguientes circunstancias: su padre, Samuel Remaphoi Modise, ciudadano de Botswana en su condición de antiguo «súbdito británico» de Bechuanalandia (actual Botswana), emigró a Sudáfrica para trabajar. Durante su estancia, contrajo matrimonio con Elisabeth Ikaneng Modise y de ese matrimonio nació John Modise. La madre del demandante murió cuando éste tenía tres meses y su padre lo trasladó al Protectorado de Bechuanalandia para que los padres de éste se ocuparan de él. El demandante creció en el Protectorado y regresaba a él con regularidad después de cada viaje.

90. En 1978, John Modise fue uno de los fundadores y responsables del partido de oposición llamado Frente Nacional de Botswana. En su opinión, el Gobierno de Botswana lo declaró «inmigrante no deseado» en razón de sus actividades políticas. El 17 de octubre de 1978 fue detenido y expulsado a Sudáfrica, donde fue entregado a la policía sin haber comparecido ante un tribunal. De regreso a Botswana, fue nuevamente detenido y expulsado al mismo país sin juicio previo. A raíz de su tercer intento de regreso, fue acusado y condenado por entrada ilegal en el país y declarado inmigrante no deseado. Cuando se encontraba cumpliendo una pena de prisión de diez meses, y tras haber interpuesto recurso de apelación, fue deportado por cuarta vez a Sudáfrica antes de que se resolviera dicho recurso. La Comisión Africana señala que, al no tener nacionalidad sudafricana, el demandante se vio obligado a establecerse en el bantustán de Bophutatswana, donde vivió siete años hasta que el gobierno de ese bantustán dictó una orden de expulsión contra él y pasó entonces a estar en tierra de nadie entre Bophutatswana y Botswana, donde permaneció cinco semanas antes de que Botswana lo admitiera por razones humanitarias. Obtuvo un permiso de residencia de tres meses, renovable a discreción del ministerio competente, hasta junio de 1995[119].

91. No se examinará aquí el principal aspecto controvertido planteado por el Estado demandado, a saber, dilucidar si John Modise no podía adquirir y no había adquirido la ciudadanía de Botswana por nacimiento en virtud de la antigua Constitución de ese país, habida cuenta de que no era súbdito británico ni ciudadano del Reino Unido y de sus colonias en el momento en que Botswana accedió a la independencia en 1966. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos resolvió esta cuestión: John Modise es ciudadano de Botswana por nacimiento, en la medida en que es hijo de un ciudadano de Botswana, y el Gobierno de Botswana debe adoptar las medidas necesarias para reconocer esta nacionalidad e indemnizarlo adecuadamente por todos los perjuicios que sufrió como consecuencia de la vulneración de sus derechos.

92. El principal interés de este caso por lo que respecta a la cuestión de la expulsión de los apátridas reside en el hecho de que Botswana expulsó repetidamente a John Modise a pesar de que constaba que no tenía nacionalidad sudafricana ni de Bophutatswana siendo así que al no tener tampoco la nacionalidad de Botswana, que las autoridades de dicho país le denegaban, se vio de hecho confinado en una situación de apatridia. Cabe señalar que en este caso el Estado autor de la expulsión no invocó ninguna de las causas de expulsión de un apátrida previstas en el artículo 31 de la Convención sobre el estatuto de los apátridas: ni la seguridad nacional ni el orden público; el expulsado no había encontrado país de acogida y el Estado autor de la expulsión no le había formulado solicitud alguna al respecto. En definitiva, Botswana no consideraba que estuviera expulsando a un apátrida, cuando en realidad se trataba justamente de ese supuesto.

93. Parece pues que a la hora de establecer el régimen de expulsión de los apátridas se retomaron las disposiciones relativas a la expulsión de los refugiados sin la suficiente reflexión. En efecto, como ya se ha dicho, los refugiados y los apátridas se encuentran en situaciones muy diferentes. El refugiado tiene una nacionalidad conocida. Se halla, en general, en una situación de peligro provocada por una violencia irresistible que, por regla general, no es obra suya. Por esta razón, su situación de víctima inspira cierta compasión, o simplemente comprensión, lo que puede abrirle las puertas de un Estado de acogida. No ocurre lo mismo con el apátrida. Al carecer de nacionalidad, no puede viajar al extranjero, salvo que el Estado de acogida considere que es titular de los derechos y obligaciones derivados de la posesión de la nacionalidad de dicho Estado y le expida el correspondiente pasaporte. En caso contrario, el Estado de acogida que sea parte en la Convención sobre el estatuto de los apátridas sólo está obligado a otorgarle «el mismo trato que otorgue a los extranjeros en general»[120]. Es fácil imaginar que una persona que carezca de nacionalidad y que, en principio,

[118] Véase comunicación 97/93, *John K. Modise* c. *Botswana*, presentada en el 28.° período ordinario de sesiones de la Comisión en noviembre de 2000 en Cotonú (Benin), decisión de 6 de noviembre de 2000.

[119] Ibíd.

[120] Art. 7, párr. 1, de la Convención.

sólo goce en el país de residencia de los derechos que se reconocen a los extranjeros posiblemente tendrá grandes dificultades para encontrar un Estado de acogida, tanto más cuanto que, si es expulsada, lo será por haber menoscabado la seguridad nacional del Estado autor de la expulsión o constituir una amenaza para esa seguridad, o por haber menoscabado el orden público o constituir una amenaza grave para éste.

94. A menos que haya estado en contacto con una potencia extranjera que esté dispuesta, en principio, a acogerlo, sería difícil que dicha persona pudiera «gestionar su admisión legal en otro país»[121]. En opinión del Relator Especial, parece necesario que el Estado autor de la expulsión intervenga en la búsqueda de un Estado de acogida para el apátrida expulsado. Podría contemplarse una intervención de este tipo cuando conste que el apátrida ha realizado gestiones para su admisión legal en otro país y éstas no hayan dado sus frutos. La protección de los derechos del expulsado exige no obstante que éste dé su conformidad respecto del país hacia el que será expulsado.

95. Sin embargo, dado que no existe práctica alguna de los Estados en materia de expulsión de apátridas, esta idea se basa únicamente en un análisis de las disposiciones del párrafo 3 del artículo 31 antes citado (véase el párrafo 84 *supra*) y, en el mejor de los casos, podría sugerirse como desarrollo progresivo del derecho internacional.

96. Habida cuenta de las consideraciones expuestas, se propone el siguiente proyecto de artículo, cuyo párrafo 1 reproduce en esencia el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención sobre el estatuto de los apátridas, con algunas modificaciones formales, mientras que el párrafo 2 recoge una nueva redacción de la primera frase del párrafo 3 que incorpora las anteriores sugerencias:

«Proyecto de artículo 6. No expulsión de apátridas

1. Un Estado no podrá expulsar a apátrida alguno que se halle [legalmente] en el territorio de tal Estado, a no ser por razones de seguridad nacional, de orden público [o de terrorismo], o si el interesado, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituye una amenaza para la comunidad de tal Estado.

2. El Estado que expulse a un apátrida en las condiciones previstas en el presente proyecto de artículos le concederá un plazo razonable dentro del cual pueda gestionar su admisión legal en otro país. [No obstante, si transcurrido ese plazo el apátrida no ha logrado ser admitido en ningún país de acogida, el Estado podrá [, con el consentimiento del apátrida,] expulsarlo a cualquier Estado que acepte acogerlo.]»

d) *Principio de no expulsión colectiva*

97. La práctica de las expulsiones colectivas no es un fenómeno reciente. En el pasado ha estado estrechamente vinculada a las situaciones de conflicto armado o de grave crisis entre dos Estados, pero no siempre: se ha practicado tanto en tiempo de paz como de guerra.

[121] Art. 31, párr. 3, de la Convención.

i) *En tiempo de paz*

98. En efecto, los Estados Unidos han practicado la expulsión colectiva en el siglo XIX al margen de los casos de guerra[122]. Tras haber concedido a los súbditos del Imperio Celeste en 1863, por medio de un tratado, un trato análogo al dispensado a los estadounidenses, el Gobierno de los Estados Unidos, ante el flujo cada vez mayor de lo que se denominó peyorativamente la «inmigración amarilla» o el «peligro amarillo», dejó de aplicar las cláusulas del tratado y negoció un nuevo instrumento con China, el tratado de 17 de noviembre de 1880, que le otorgaba el derecho a suspender o limitar la inmigración de trabajadores «cuando lo considere necesario para salvaguardar sus intereses»[123]. Dos años más tarde, una ley estadounidense suspendió la inmigración por un período de 10 años, pero antes de que expirara ese plazo los Estados Unidos lograron que «el Ministro de China en Washington» firmara, el 12 de marzo de 1888, un tratado por el que se prohibía la entrada en su territorio «a todos los obreros de raza amarilla» por un período de 20 años. El Gobierno de China se negó a ratificar ese tratado, que consideraba no sólo perjudicial para los intereses de sus nacionales, sino abusivo y demasiado restrictivo. Ante esta negativa, el 1.° de octubre de 1888 los Estados Unidos aprobaron primero una ley que prohibía de hecho el acceso de los trabajadores chinos al territorio de los Estados Unidos y, posteriormente, otra ley, denominada Ley de exclusión de chinos, que imponía condiciones de residencia muy estrictas a los trabajadores chinos[124] y que desembocó en una expulsión colectiva por obra del Estado.

99. En Europa existen casos de expulsión colectiva que se remontan al siglo XVIII. Así, en España, una ley de 1703 que vulneraba formalmente los principios del derecho de gentes de la época, y que permaneció mucho tiempo en vigor, ordenaba la expulsión en masa de todos los súbditos ingleses y holandeses que no fueran católicos; en Rusia cabe citar una ley por la que, en 1793, el Emperador Pablo I ordenaba que los franceses residentes en Rusia renunciaran a las doctrinas ateas y sediciosas de su país de origen, so pena de expulsión[125].

100. Más tarde, en el siglo XX, a raíz de los muchos, graves y persistentes problemas entre Alemania y Polonia derivados de la delimitación de las fronteras entre ambos países con arreglo al Tratado de Versalles, Alemania expulsó «en masa»[126], como se decía en esa época, a los obreros polacos establecidos en su territorio: 25.000 fueron expulsados a finales de 1922. Como medida de retorsión, el Gobierno polaco expulsó a su vez a cierto número de nacionales alemanes en abril de 1923, y en enero de 1924 adoptó nuevas medidas de retorsión y expulsó a 14 familias alemanas después de que el gobierno de Baviera hubiera expulsado a 14 familias judías de nacionalidad polaca. Por otra parte, a raíz de otras expulsiones en masa de ciudadanos polacos que se llevaron a cabo en Mecklenburg-Schwerin (Alemania) a pesar de las protestas del ministro polaco en Berlín, Polonia expulsó, como

[122] Darut, *op. cit.*, pág. 46.

[123] Ibíd., pág. 47.

[124] Ibíd., págs. 47 y 48.

[125] Ibíd., pág. 37, nota 1.

[126] Fauchille, *Traité de droit international public*, pág. 688.

medida de retorsión, a 150 alemanes establecidos en las regiones de Poznan y Pomerania[127].

101. Al margen de las protestas políticas de los gobiernos cuyos nacionales fueron víctimas de estas expulsiones «en masa», tales expulsiones no suscitaron ninguna oposición basada en el derecho internacional. En esa época, la doctrina consideraba que los Estados autores de las expulsiones se limitaban a ejercer la «facultad de expulsar a los extranjeros» que les reconocía el derecho internacional[128], como se deduce claramente de la opinión de algunos autores de la época. Así, a raíz de las anexiones y separaciones de territorios previstas en los tratados de paz que pusieron fin a la Primera Guerra Mundial y que motivaron que se ejerciera con frecuencia el derecho de expulsión, Francia hubo de decidir, tras la recuperación de Alsacia y de la parte de Lorena que se anexionó a Alemania en virtud del Tratado de Francfort, si el cambio de nacionalidad debía limitarse a los antiguos franceses. En esos departamentos recuperados vivían aproximadamente 500.000 alemanes, que representaban el 28% de la población. Se estimaba, de manera enigmática, que mantener esa población hubiera supuesto «un peligro para Francia». ¿Qué hacer entonces? ¿Expulsarlos en masa o absorberlos? La respuesta de dos autores franceses destacados de la época, Pillet y Niboyet, fue la siguiente:

> Si Alsacia y Lorena hubieran podido mantener una población equivalente, la expulsión en masa habría sido con diferencia la mejor solución. Pero nuestra población era demasiado pequeña para que pudiera contemplarse esa solución[129].

102. En otras palabras, en aquella época la expulsión colectiva de los extranjeros, incluso en tiempo de paz, no estaba prohibida; sólo se descartó en ese caso concreto por razones de oportunidad.

103. La prohibición de este tipo de expulsiones se produjo mucho más tarde, mediante la modificación de un instrumento regional de protección de los derechos humanos que no preveía nada respecto de esta cuestión: el Protocolo n.º 4 al Convenio europeo de derechos humanos por el que se garantizan determinados derechos y libertades distintos de aquellos ya incluidos en el Convenio y en su Protocolo adicional. El artículo 4 del Protocolo n.º 4 establece, de manera lacónica, lo siguiente:

> Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros.

En la Convención americana sobre derechos humanos figura una disposición similar. En efecto, según el párrafo 9 del artículo 22 de dicha Convención:

> Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos reproduce de forma casi idéntica esta última disposición en el párrafo 5 de su artículo 12:

> Está prohibida la expulsión en masa de extranjeros.

104. Según el comité de expertos encargado de redactar el proyecto de Protocolo n.º 4 al Convenio europeo de derechos humanos, era conveniente incluir esta disposición que no figuraba en el proyecto original a fin de evitar que se repitieran expulsiones masivas «como las que han tenido lugar recientemente», según indicaba una nota de la Dirección de Derechos Humanos del Consejo de Europa[130].

105. Varias demandas presentadas ante la Comisión Europea de Derechos Humanos con el objetivo de que se condenase a Estados partes en el Protocolo n.º 4 por infracción del artículo 4 de dicho Protocolo no prosperaron por distintas razones, expuestas por esa Comisión en sus correspondientes decisiones[131]. En la causa *Čonka* c. *Belgique*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró que se había infringido el citado artículo 4. Los demandantes (Ján Čonka, su esposa y sus dos hijos) eran eslovacos, residían en Bélgica, donde habían solicitado asilo, y eran objeto de una decisión de expulsión del Ministro del Interior de 18 de junio de 1999 por la que se desestimaba su solicitud de asilo y se los instaba a abandonar el territorio en el plazo de cinco días. El Tribunal observó que

> la única referencia a la situación personal de los interesados que figuraba en la decisión de expulsión se refería al hecho de que su estancia en Bélgica superaba los tres meses. En particular, el documento no hacía ninguna referencia a la solicitud de asilo de los demandantes ni a las decisiones de 3 de marzo y 18 de junio de 1999 que se habían adoptado al respecto. […] En estas circunstancias, y habida cuenta del gran número de personas del mismo origen que han corrido la misma suerte que los demandantes, el Tribunal estima que el procedimiento seguido no permite disipar por completo las dudas que existen respecto del carácter colectivo de la expulsión impugnada[132].

106. Las dudas expresadas por el Tribunal se veían reforzadas por una serie de factores: en primer lugar, antes de la expulsión de las personas afectadas, las autoridades políticas belgas habían anunciado que se llevarían a cabo interrogatorios de extranjeros y habían dado instrucciones a las autoridades competentes para que pusieran en

---

[127] Ibíd., págs. 688 y 689.

[128] Véase De Boeck, «L'expulsion…», pág. 471.

[129] Pillet y Niboyet, *Manuel de droit international privé*, pág. 213.

[130] Consejo de Europa, *Recueil des «Travaux préparatoires» du Protocole Nº. 4* (DH/exp. (61) 35 Final de 7 de octubre de 1961) (mimeografiado), pág. 446.

[131] Lochak («Article 4», pág. 1058) señala que estas precisiones condujeron a la Comisión Europea de Derechos Humanos a desestimar varias demandas, en particular la demanda de personas originarias de Suriname refugiadas en los Países Bajos después del golpe de Estado de 1982, cuya presencia había sido tolerada por el Gobierno neerlandés —que se abstuvo sin embargo de concederles permiso de residencia— hasta 1988, momento en que dicho Gobierno, al considerar que Suriname estaba en la senda de la democracia, les notificó las correspondientes decisiones individuales por las que se les instaba a abandonar los Países Bajos, de donde fueron finalmente expulsadas (demanda n.º 14209/88, *Alibaks et autres* c. *Pays-Bas*, decisión de 16 de diciembre de 1988, *Décisions et rapports* 59, pág. 278; demanda n.º 14457/88, *B. and others* v. *The Netherlands*, decisión de 16 de diciembre de 1988); la demanda de siete miembros de la Iglesia de la Cienciología, de nacionalidad suiza, que residían en Copenhague y que habían sido expulsados tras denegárseles la prórroga de su permiso de residencia. Esa Comisión no tuvo que pronunciarse sobre el fondo porque los demandantes no habían agotado los recursos internos y su demanda era, por tanto, inadmisible (demanda n.º 12097/86, *Künzi-Brenzikofer* c. *Danemark*, decisión de 13 de julio de 1987, *Décisions et rapports* 53, pág. 217) (véase también Lochak, «Article 4», págs. 1058 y 1059). Sin embargo, no cabe duda de que dicha demanda se habría desestimado en cuanto al fondo, en la medida en que el permiso de residencia es individual y su expiración afecta a su titular de manera individual, de modo que la expulsión simultánea de varias personas que se encuentran en esta situación no puede considerarse una expulsión colectiva.

[132] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Čonka* c. *Belgique*, sentencia de 5 de febrero de 2002, *Recueil des arrêts et décisions 2002-I*, párr. 61.

práctica esos interrogatorios; segundo, se había pedido a todos los extranjeros afectados que comparecieran al mismo tiempo en la comisaría de policía; tercero, las órdenes por las que se los instaba a abandonar el territorio estaban redactadas de manera idéntica; en cuarto lugar, las personas afectadas tuvieron dificultades para ponerse en contacto con sus abogados y, por último, el procedimiento de solicitud de asilo no había concluido. En definitiva, los interesados no gozaron, en ninguna de las fases del procedimiento que mediaran entre la notificación para que se personaran en la comisaría de policía y su expulsión, de garantías suficientes «que pusieran de manifiesto que se había tenido realmente en cuenta, de manera individualizada, la situación concreta de cada una de las personas afectadas. En conclusión, ha habido una infracción del artículo 4 del Protocolo n.º 4 del Convenio»[133].

107. La expulsión colectiva se basa exclusivamente en el hecho de que los expulsados son extranjeros[134] y, por este motivo, es difícil de aceptar desde el punto de vista intelectual y moral. La Comisión Europea de Derechos Humanos dio una definición interesante de este concepto al examinar una demanda interpuesta contra un proyecto del Gobierno de Dinamarca de repatriar a 199 niños vietnamitas acogidos por Dinamarca. Según esa Comisión,

> por «expulsión colectiva» ha de entenderse cualquier medida de la autoridad competente que obligue a los extranjeros, como grupo, a abandonar un país, salvo que tal medida se adopte al término y sobre la base de un examen razonable y objetivo de la situación concreta de cada uno de los extranjeros que integran el grupo[135].

108. La segunda oración del párrafo 5 del artículo 12 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos precisa de qué grupos se trata:

> Por expulsión en masa se entiende la que engloba a grupos nacionales, raciales, étnicos o religiosos.

Sin embargo, el concepto de grupo que figura en esta disposición tiene un alcance restrictivo, ya que una expulsión colectiva puede afectar a un grupo de personas que no esté incluido en ninguno de los grupos enumerados. Por ejemplo, es habitual hablar de los «africanos» para designar a los nacionales de distintos países del continente africano y, por tanto, de los «inmigrantes ilegales africanos», como si África fuera un único Estado, una única nación. Es perfectamente imaginable que un grupo de africanos sea objeto de una expulsión colectiva sin constituir no obstante un grupo nacional y menos aún étnico, y sin que dicha expulsión se lleve a cabo por motivos religiosos. En consecuencia, es preferible mantener el enfoque abierto del concepto de grupo que figura en la definición de la Comisión Europea de Derechos Humanos.

109. La idea del examen individualizado de la situación de cada miembro de un grupo de personas objeto de una expulsión ya se puso en práctica en ciertas expulsiones en masa de principios del siglo XX. Por ejemplo, cuando el Gobierno de Francia decidió hacer uso de su derecho de expulsión contra nacionales alemanes después de la Primera Guerra Mundial, «[e]l 12 de agosto de 1922, 500 alemanes designados mediante órdenes nominativas fueron expulsados de Alsacia y Lorena»[136]. No obstante, a la luz de las consideraciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la causa *Čonka* c. *Belgique* antes citada, ¿puede decirse realmente que no se tratara de un caso de expulsión colectiva? Es dudoso, ya que es poco probable que las autoridades francesas hubieran examinado a fondo y con la objetividad necesaria la situación individual de cada una de las 500 personas expulsadas.

110. Debe señalarse, no obstante, que la exigencia de un examen independiente de cada caso y de la adopción de medidas individuales para cada uno de ellos no implica necesariamente que las autoridades competentes deban adoptar decisiones de contenido diferente. En efecto, el hecho de que las decisiones de expulsión estén redactadas de manera idéntica no basta por sí solo para considerar que se trata de una expulsión colectiva, con arreglo a los instrumentos jurídicos internacionales pertinentes, si cada una de ellas ha ido precedida de un examen concreto de la situación de cada miembro del grupo de personas afectadas[137].

111. Esta norma del examen individualizado de la situación de cada persona que se pretende expulsar, que no figuraba en el artículo 4 del Protocolo n.º 4 antes citado pero que ha sido enunciada claramente en la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos, como se acaba de ver, quedó formalmente recogida en la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares[138]. El párrafo 1 del artículo 22 de esta Convención dispone lo siguiente:

> Los trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente.

112. Como puede comprobarse, el principio de no expulsión colectiva de los extranjeros está recogido en el derecho positivo regional europeo, interamericano y africano; a escala universal, parece limitarse únicamente a los trabajadores migrantes y sus familias.

113. ¿Cabe por tanto concluir que no se trata (aún) de una norma de carácter universal, ya sea de origen convencional o consuetudinario? Esta pregunta es tanto más pertinente cuanto que la práctica de los Estados en esta materia difiere bastante. A este respecto, la respuesta de algunos Estados miembros de la OEA al cuestionario elaborado por la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio es reveladora. Algunos Estados dieron una respuesta claramente negativa[139] y otros respondieron afirmativa[140] o

---

[133] Ibíd., párr. 63.

[134] Véase Lochak, «Article 4», pág. 1057.

[135] Citado en ibíd., pág. 1058.

[136] De Boeck, «L'expulsion…», pág. 469.

[137] Véase Lochak, «Article 4», pág. 1058.

[138] Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. Esta Convención entró en vigor el 1.° de julio de 2003.

[139] Dijeron claramente que «No» los siguientes Estados: Canadá, Dominica, Granada y México; véase el Informe de progreso sobre la situación de los trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio (nota 52 *supra*), secc. IV.*b*.5.

[140] Dijeron claramente que «Sí» los siguientes Estados: Colombia, Ecuador, Guatemala y Honduras (ibíd.).

implícitamente[141] a la primera pregunta planteada: «¿Puede un determinado grupo de trabajadores inmigrantes y miembros de sus familias ser expulsado colectivamente?».

114. Por otro lado, cabe señalar que hoy en día muchos Estados siguen practicando expulsiones colectivas, incluso en regiones del mundo en que dichos Estados están vinculados por un instrumento jurídico que prohíbe tales expulsiones: en África[142], por ejemplo, o en América Central[143], y cabe preguntarse si la propia Europa se encuentra a salvo de tales prácticas[144].

115. Al margen de la repatriación organizada de refugiados (*de facto*), que generalmente se agrupan en «campamentos de refugiados» bajo la responsabilidad del ACNUR, no cabe duda de que esas expulsiones colectivas son contrarias a los tres instrumentos regionales de protección de los derechos humanos antes mencionados. Es más, podría sugerirse que en esta materia existe un principio general de derecho internacional «reconocido por las naciones civilizadas» que prohíbe las expulsiones colectivas. En primer lugar, cabe argumentar que, dado que la admisión de un extranjero es un derecho individual, la pérdida o la denegación de este derecho sólo puede tener carácter individual. En segundo término, esta norma de no expulsión colectiva está recogida en tres instrumentos regionales de derechos humanos en los que son partes la gran mayoría de los Estados miembros de la comunidad internacional. A fin de cuentas, el Artículo 38 del Estatuto de la CIJ no exige que el principio general esté reconocido por todas las «naciones civilizadas».

[141] El Brasil dio una respuesta un tanto larga para diluir el hecho de que, con arreglo a su legislación, es posible llevar a cabo expulsiones colectivas: «Para determinar la expulsión de un extranjero en situación regular o irregular de estada. Se aplica al extranjero que, de alguna manera, atente contra la seguridad nacional, el orden político o social, la tranquilidad o la moral pública y la economía popular, o cuyo procedimiento lo torne nocivo a los intereses nacionales. Se aplica igualmente a quien practique fraude para entrar o permanecer en el Brasil; al que ingresó al territorio nacional con infracción de la ley, siempre que no se retire en el plazo que le fuera determinado, y cuya deportación no sea aconsejable; al que se entregue a la vagancia o la mendicidad o no respete la prohibición especialmente prevista en la ley para extranjeros (artículo [66] de la Ley n.º 6815/80, enmendada por la Ley n.º 6964, de diciembre de 1981)» (ibíd.).

[142] Véanse los ejemplos que figuran en *Anuario… 2005*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/554, párr. 4, nota 6, y párr. 24, nota 34.

[143] Cabe citar, como ejemplo, la expulsión entre junio y septiembre de 1991 de 60.000 haitianos de la República Dominicana; véase el Informe de progreso sobre la situación de los trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio (nota 52 *supra*), secc. II.*a*, párr. 9.

[144] En su segundo informe, el Relator Especial indicó que en Francia, el Ministro del Interior fijó a sus servicios un objetivo mínimo de 23.000 expulsiones de extranjeros en 2005 y señaló que en ocho meses se habían podido practicar 12.849 expulsiones (*Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/573, párr. 20); que en los Países Bajos, el 17 de febrero de 2005 el Parlamento había aprobado por amplia mayoría la decisión del Gobierno de expulsar a 26.000 extranjeros en situación irregular, y que Bélgica había expulsado a 14.110 personas en 2003 (ibíd., párr. 22). Habida cuenta de tales cifras, cabe preguntarse si esas expulsiones masivas se ajustaban al artículo 4 del Protocolo n.º 4 al Convenio europeo de derechos humanos y a la jurisprudencia antes mencionada de la Comisión Europea de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Aun suponiendo que se adopte un acto individual de expulsión contra cada una de las personas afectadas, ¿no se estaría ante expulsiones colectivas encubiertas? En efecto, es dudoso que cada caso sea o haya sido objeto de un examen razonable y objetivo, tal como exige la jurisprudencia antes citada.

ii) *En tiempo de guerra*

116. Cabe preguntarse si dicho principio puede aplicarse en el marco de un conflicto armado. En siglos anteriores, la práctica de las expulsiones colectivas de extranjeros en tiempo de guerra no era rara. En el siglo XVIII, los Tratados de Utrecht de 1713 [Tratado de Paz, ajustado entre las Coronas de España y de Inglaterra en Utrecht, año 1713, Madrid, Imprenta Real] y un tratado anglo-ruso de 1760 ordenaban a los súbditos enemigos que residieran en el territorio de las potencias en guerra que lo abandonaran, y les concedían cierto plazo para retirarse. Asimismo, en 1798 el Congreso autorizó al Presidente de los Estados Unidos a expulsar a los nacionales de Estados enemigos en las mismas condiciones[145].

117. En Francia, la Convención Nacional que asumió el poder poco después de la Revolución de 1789, enfrentada a todas las naciones de Europa —salvo Dinamarca, Suecia y Suiza—, intentó garantizar la seguridad interior frente a las actuaciones de lo que se denominó «la facción del extranjero» en connivencia con «los enemigos del exterior»[146]. Así, desde el comienzo de las hostilidades, la Convención Nacional, mediante decreto de 1.° de agosto de 1793, decidió detener a todos los extranjeros domiciliados en Francia antes del 14 de julio de 1789 que fueran nacionales de países con los que la República estaba en guerra. Mediante una ley de 11 de julio de 1795 (23 de mesidor del año III) se decidió la expulsión de todos los extranjeros nacionales de potencias enemigas de Francia y se ordenó detener a aquellos que no obedecieran la orden de expulsión o se apartaran del itinerario indicado en los pasaportes que se les expidieron (art. 4). Otra ley de 2 de agosto de 1795 (15 de termidor del año III) consideró que las medidas impuestas a los extranjeros no eran lo suficientemente severas y decidió que «cualquier extranjero que no cumpla los artículos de dicha ley será perseguido y castigado como espía», es decir, en esa época, con la pena de muerte. Estos textos fueron calificados de «leyes de la cólera», nacidas del «estado de sobreexcitación de un gobierno que había eliminado de su programa la moderación»[147], ya que eran contrarias a los principios de humanidad cuyo triunfo pretendía asegurar la Convención Nacional.

118. Sin embargo, durante el siglo siguiente se atenuó la tendencia a la expulsión colectiva de nacionales de Estados enemigos en caso de conflicto armado. Como escribe Darut:

> Sin embargo, en el siglo XIX la mayor parte de los Estados que sufrieron las miserias de la guerra, sin olvidar las necesidades de la seguridad interior del país, suavizaron, en la medida de lo posible, el rigor del procedimiento consistente en expulsar fuera de sus fronteras a todos los nacionales del Estado enemigo[148].

119. Así, durante la guerra de Crimea, un edicto publicado en Rusia en 1854 permitía que los franceses e ingleses presentes en el territorio ruso siguieran residiendo en él en las mismas condiciones que antes de que estallara la guerra y les garantizaba una seguridad idéntica a la que disfrutaban

[145] Véase Darut, *op. cit.*, pág. 37, nota 1.

[146] Ibíd., pág. 38.

[147] Ibíd., pág. 40; véase también Martini, *op. cit.*, págs. 88 y 89.

[148] Darut, *op. cit.*, pág. 43.

con anterioridad, tanto respecto de sus personas como de sus bienes, con la condición de que siguieran cumpliendo las leyes y se ocuparan pacíficamente de sus asuntos[149]. En ese mismo espíritu, durante la guerra con Italia el Gobierno de Francia autorizó, el 4 de mayo de 1859, a los austríacos residentes en Francia a permanecer allí mientras su comportamiento «no fuera objeto de queja»[150]. El 21 de mayo de 1870 se publicó en el *Journal Officiel* francés una declaración del mismo tipo respecto de los alemanes[151]. Asimismo, en 1894, en el transcurso de la guerra entre China y el Japón, el Gobierno japonés permitió que los chinos residentes en el Japón permanecieran allí durante las hostilidades; China siguió el ejemplo de su adversario[152]. Asimismo, en 1897, durante la guerra de Grecia contra el Imperio Otomano por la independencia de Creta, el Gobierno griego no adoptó ninguna medida de expulsión contra los turcos instalados en Grecia y reconoció su derecho a seguir residiendo allí mientras su comportamiento no fuera objeto de queja; pero Turquía no tuvo la misma actitud: junto con la declaración de guerra, Turquía notificó al Gobierno griego, el 18 de abril de 1897, un decreto del Sultán por el que se ordenaba la expulsión en el plazo de 15 días de todos los griegos que residieran en territorio otomano[153]. Cabe señalar también que durante la segunda guerra de los bóers, entre 1899 y 1902, el Transvaal ordenó la expulsión en el plazo de 48 horas de los ingleses que residieran en él y en el Estado Libre de Orange[154].

120. ¿Puede sin embargo inferirse que esos casos, en particular la actitud del Gobierno turco, cuestionan la tendencia general observada en la práctica de los Estados en esa época? En opinión de Martini:

> en 1897 Turquía sufrió las protestas de las embajadas de las grandes potencias por no haber respetado las normas del derecho de gentes[155].

121. No se sabe si la norma en cuestión era la prohibición de las expulsiones colectivas o la reciprocidad en lo relativo a la no expulsión colectiva de los nacionales de un Estado en guerra con el Estado de acogida, ya que en este caso parece que Grecia había respetado esta última norma y Turquía no. En cualquier caso, cabe señalar que en el momento preciso en que parecía imperar la tesis favorable a la expulsión colectiva de los extranjeros en caso de guerra con su país de origen, en particular en Francia, se alzaron voces para criticar una medida que, según ellas, constituía «una venganza contra personas inocentes a las que no se podía reprochar más que una vaga sospecha de espionaje»[156].

122. Por lo demás, ha de tenerse presente que durante la guerra ruso-japonesa de 1904 a 1905, es decir, con posterioridad a todos los casos ya citados, el Japón actuó de la misma manera que respecto de los chinos durante la guerra de 1894: el 10 de febrero de 1904 el Ministro del Interior japonés envió instrucciones a las autoridades responsables de las unidades administrativas territoriales para ordenarles que no mostraran hostilidad hacia los rusos y se les autorizó a seguir residiendo en el territorio del Imperio y a entrar y salir de él con total libertad. Por su parte, Rusia también permitió, mediante decreto de 14 y 27 de febrero de 1904, que los japoneses siguieran, al amparo de la ley, residiendo y ejerciendo pacíficamente sus actividades en el territorio ruso, «salvo en los territorios que forman parte de la región del Extremo Oriente»[157].

123. Pero ha de señalarse que aun cuando existiera esta práctica de los Estados, la doctrina de la época consideraba de manera casi unánime que la expulsión colectiva de los extranjeros nacionales de un Estado enemigo estaba justificada y era conforme al derecho de gentes. Según Martini:

> La gran mayoría de los autores de derecho internacional público admite sin dificultad que la expulsión en masa de los extranjeros que son nacionales de una nación enemiga es una consecuencia natural de la declaración de guerra[158].

En efecto, en esa misma época, y al igual que Pillet y Niboyet —que en realidad eran más bien especialistas en derecho internacional privado—, dos eminentes internacionalistas como Bonfils y Fauchille sostenían que:

> La expulsión en masa […] en caso de guerra es un acto de defensa, una medida perfectamente lícita y de legalidad incuestionable. Es evidente que un Estado debe poder adoptar medidas de seguridad para evitar los inconvenientes que plantea la estancia de los extranjeros, eliminar las provocaciones y los altercados entre la población que puede suscitar su presencia, impedir el espionaje peligroso y fácil. […] Cada Estado puede llevar a cabo expulsiones en masa de los súbditos del adversario, aunque éstos se hayan establecido en el territorio *bona fide*[159].

Abundando en el mismo sentido, Pillet declaró, durante una serie de conferencias sobre el derecho de la guerra impartidas a oficiales en Grenoble (Francia) en 1891 y 1892, que para un Estado que acoge «a un número considerable de extranjeros»[160] «constituye una verdadera necesidad expulsar a esos extranjeros en caso de guerra

---

[149] Ibíd., y Martini, *op. cit.*, pág. 89.

[150] Martini, *op. cit.*, pág. 89.

[151] Darut, *op. cit.*, pág. 43, y Martini, *op. cit.*, pág. 89.

[152] Martini, *op. cit.*, pág. 92. En relación con el conflicto entre China y el Japón del siglo XIX, véanse los datos que proporciona Politis en RGDIP, vol. IV (1897), págs. 525 y ss.

[153] Véase Darut, *op. cit.*, págs. 44 y 45, y Martini, *op. cit.*, pág. 93. Los griegos que no quisieran ser expulsados podían permanecer en Turquía, siempre que renunciaran definitivamente a su nacionalidad griega y adquirieran la turca.

[154] Véase Martini, *op. cit.*, pág. 94. El autor estima que, en este caso, «no sería correcto juzgar a este pequeño Estado, hoy desaparecido, que luchó con tanta heroicidad y despertó la admiración de sus adversarios». Despagnet defiende el comportamiento de los bóers en esta guerra en RGDIP (1900), pág. 698.

[155] Martini, *op. cit.*, pág. 93.

[156] Fiore, *Nouveau droit international public*, t. 3, n.º 129, citado por Martini, *op. cit.*, pág. 90, nota 1.

[157] Martini, *op. cit.*, pág. 92. En relación con esta guerra ruso-japonesa, véase en particular Rey, *La guerre russo-japonaise au point de vue du droit international*, págs. 230 a 232, y Bonfils y Fauchille, *Manuel de droit international public (droit des gens)*, párr. 1055.

[158] Martini, *op. cit.*, pág. 87.

[159] Ibíd., págs. 87 y 88, donde cita a Bonfils y Fauchille, *op. cit.*, pág. 748. Véase, en el mismo sentido, Bry, *Précis élémentaire de droit international public mis au courant des progrès de la science et du droit positif contemporain à l'usage des étudiants des facultés de droit et des aspirants aux fonctions diplomatiques et consulaires*, pág. 515; Piédelièvre, *Précis de droit international public ou droit des gens*, pág. 150, párr. 830; Moore, *A Digest of International Law*, vol. IV, pág. 68, y Mérignhac, *Les lois et coutumes de la guerre sur terre d'après le droit international moderne et la codification de la Conférence de La Haye de 1899*, págs. 46 y 47, párr. 25.

[160] Pillet, *Le droit de la guerre*, pág. 99. A este respecto, el autor matiza que, en su opinión, la situación sería distinta si el número de extranjeros fuera pequeño: «Un Estado que cuente con un número insignificante de extranjeros hará bien en abstenerse de importunarlos con una expulsión que en absoluto estaría justificada y, al no correr ningún riesgo, tampoco deberá alardear de su generosidad» (ibíd.).

contra la patria de éstos. Su mera presencia es de por sí un gran peligro»[161].

124. La doctrina británica tenía una postura similar y la expresaba en términos rotundos, como recordó el Relator Especial en su segundo informe sobre la expulsión de extranjeros[162].

125. Recientemente, en la guerra entre Eritrea y Etiopía de 1998, se practicaron expulsiones colectivas de los nacionales del Estado enemigo. Como se indicó también en el segundo informe[163], la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, basándose en la doctrina de los autores de *Oppenheim's International Law*, señaló que el derecho internacional humanitario da a los beligerantes amplios poderes para expulsar de su territorio a súbditos del Estado enemigo durante el conflicto. Esa Comisión zanjó la cuestión con una fórmula sin paliativos:

> Etiopía podía expulsar legalmente a esas personas en su calidad de nacionales de un Estado beligerante enemigo, aunque estaba obligada a asegurarles la protección dispuesta en el Cuarto Convenio de Ginebra y en otras disposiciones aplicables del derecho humanitario internacional[164].

126. Ha de destacarse que esta «norma» no tiene un fundamento claro en el derecho internacional consuetudinario. A diferencia de la opinión que defiende, sin fundamento alguno, «el derecho consuetudinario de un Estado a expulsar a extranjeros procedentes de Estados enemigos al comienzo de un conflicto»[165], la práctica en esta materia varía bastante. Dicha norma tampoco puede apoyarse en el derecho internacional humanitario, a diferencia de lo que se ha podido sostener. Por el contrario, las disposiciones pertinentes del Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV), establecen lo opuesto.

127. En primer lugar, el artículo 27, que encabeza la sección I (tít. III) titulada «Disposiciones comunes a los territorios de las partes en conflicto y a los territorios ocupados», establece lo siguiente en su párrafo primero:

> Las personas protegidas tienen derecho, en todas las circunstancias, a que su persona, su honor, sus derechos familiares, sus convicciones y prácticas religiosas, sus hábitos y sus costumbres sean respetados. Siempre serán tratadas con humanidad y protegidas especialmente contra cualquier acto de violencia o de intimidación, contra los insultos y la curiosidad pública.

Y los civiles extranjeros forman parte de las personas protegidas con arreglo a ese Convenio.

128. En segundo lugar, el artículo 38, englobado en la sección II titulada «Extranjeros en el territorio de una parte en conflicto», establece que «la situación de las personas protegidas continuará rigiéndose, en principio, por las disposiciones relativas al trato debido a los extranjeros en tiempo de paz». El artículo 40 precisa que si las personas protegidas «son de nacionalidad enemiga, no se las podrá obligar» a realizar más que determinados trabajos —enumerados en el artículo— que no tengan relación alguna directa con la conducción de las operaciones militares. Al igual que todas las demás personas protegidas, no se las podrá obligar a trabajar «más que en las mismas condiciones» que los súbditos de la parte en conflicto en cuyo territorio estén, por lo que «se beneficiarán de las mismas condiciones de trabajo y de las mismas medidas de protección que los trabajadores nacionales».

129. De estas disposiciones cabe deducir que el régimen jurídico de las «personas civiles protegidas en tiempo de guerra» es de aplicación general e indiscriminada y protege en la misma medida a los civiles nacionales y extranjeros, tanto si estos últimos son nacionales de un Estado enemigo como de un Estado ajeno al conflicto armado. Por ello, a la hora de analizar las disposiciones del artículo 41 relativas a la residencia forzosa y al internamiento, ha podido escribirse que «la mera condición de nacional enemigo no es un criterio válido que justifique el internamiento»[166].

130. Es también muy significativo que el monumental trabajo de investigación sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario[167], elaborado bajo los auspicios del CICR, no contenga, entre las 161 normas recopiladas, ninguna sobre la expulsión colectiva de los extranjeros nacionales de un Estado enemigo en caso de conflicto armado. Como mucho se puede encontrar la norma 103 del siguiente tenor: «Quedan prohibidos los castigos colectivos»[168]. Si se asimila, *quod non*, la expulsión a una «pena», o más precisamente a una sanción, de esta disposición debería deducirse más bien una norma de no expulsión colectiva de los extranjeros en cuestión.

131. Ciertamente, la distinción entre la expulsión en tiempo de paz y la expulsión en tiempo de guerra parece fundada y, en cualquier caso, existe tanto en la teoría como en la práctica, como afirman los autores de *Oppenheim's International Law*. Pero estos autores hacen referencia, más precisamente, al derecho del Estado «a expulsar a todos los nacionales hostiles que residan o se encuentren temporalmente en su territorio»[169]. Es difícil sostener que la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía se haya guiado por esta consideración. Sin embargo, esta idea se corresponde con la condición a que se supeditaba toda medida o declaración de no expulsión en la práctica antigua de los Estados en materia de expulsión colectiva de los extranjeros nacionales de un Estado enemigo antes mencionada: los extranjeros en cuestión podían seguir residiendo en el Estado que se hallaba en guerra contra su país y disfrutar de la protección necesaria siempre que vivieran pacíficamente y no fueran objeto de queja.

---

[161] Ibíd., págs. 99 y 100.

[162] *Anuario… 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/573, párr. 112.

[163] Ibíd., párr. 114.

[164] Véase el caso *Érythrée* c. *Éthiopie*, CPA, Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, laudo arbitral parcial, Reclamaciones de civiles 15, 16, 23 y 27 a 32, párr. 82.

[165] A este respecto, la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía se remite, en la nota 27 (párr. 81) del laudo de 17 de diciembre de 2004 (véase la nota anterior), a Draper, *The Red Cross Conventions*, págs. 36 y 37, citado en Whiteman, *op. cit.*, vol. 10, pág. 274.

[166] Umozurike, «Protection des victimes des conflits armés», pág. 224.

[167] Véase Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I: Normas.*

[168] Ibíd., pág. 426.

[169] Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 941, párr. 413.

132. Entre posturas tajantes y formulaciones matizadas, las lecciones que pueden extraerse es que esta cuestión debatida desde al menos el siglo XVIII debe abordarse con prudencia, a la luz de la evolución del derecho internacional y de sus principios contemporáneos más importantes. Se plantean entonces varias preguntas: ¿qué interés debe prevalecer: el del Estado o el de las personas, aun cuando sean nacionales de un Estado enemigo? ¿El interés de la seguridad colectiva del Estado beligerante o el interés individual, pero fundamental, del extranjero presuntamente «enemigo» de dicho Estado? ¿Es posible conciliar estas dos exigencias aparentemente opuestas?

133. Estas son las preguntas que hay que contestar en la actualidad, y está claro, en opinión del Relator Especial, que hoy en día el derecho de expulsión de los nacionales de un Estado enemigo sólo puede examinarse a la luz de la evolución del derecho internacional y de los principios fundamentales de los derechos humanos. Pues bien, la filosofía de los derechos humanos y el derecho internacional contemporáneo no permiten infligir colectivamente a los extranjeros como grupo —independientemente de la naturaleza de éste—, por el mero hecho de ser nacionales de un Estado enemigo, las consecuencias adversas de una situación que les es ajena. No se puede utilizar la expulsión como un arma preventiva contra un Estado enemigo o como un instrumento de retorsión en detrimento de extranjeros pacíficos e indiferentes ante los intereses en juego en guerras por las que en ocasiones no sienten la menor simpatía.

134. En definitiva: *a*) ninguna norma de derecho internacional impone que un Estado beligerante permita que los nacionales de un Estado enemigo permanezcan en su territorio[170], pero tampoco existe ninguna norma que obligue a dicho Estado a expulsarlos; *b*) existe una práctica de los Estados, ciertamente variable, en materia de expulsión colectiva de extranjeros nacionales de un Estado enemigo, respaldada por gran parte de la doctrina, tanto antigua como contemporánea; *c*) esta práctica de los Estados, al igual que la doctrina, parecen considerar que sólo debe llevarse a cabo una expulsión de este tipo contra los extranjeros que sean hostiles hacia el Estado de acogida que se halla en guerra contra su país de origen. De ello se deduce, a contrario, que los extranjeros nacionales de un Estado enemigo que viven pacíficamente en el Estado de acogida y no le dan ningún motivo de queja no pueden ser objeto de una expulsión colectiva; su expulsión debe ajustarse al derecho común de la expulsión en tiempo de paz, ya que la inexistencia de hostilidad por su parte los coloca al margen de la situación excepcional derivada de la guerra contra el Estado del que son nacionales. Difícilmente puede suscribirse plenamente, en este caso, la opinión según la cual «un Estado puede de todos modos tener justificación para expulsar a tal grupo independientemente del comportamiento individual de sus miembros, si en caso de no hacerlo la seguridad y la existencia del Estado que expulsa pudieran correr serio peligro, por ejemplo [...] durante un estado de guerra»[171]. Habida cuenta de la necesidad de respetar en todo momento los derechos individuales de la persona, esta postura sólo parece aceptable si los extranjeros en cuestión, como grupo, desarrollan actividades o comportamientos hostiles o peligrosos para el Estado de acogida.

135. A la luz del análisis que antecede, se propone el proyecto de artículo siguiente:

«Proyecto de artículo 7. No expulsión colectiva

1. Se prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros, incluidos los trabajadores migrantes y sus familiares. Sin embargo, un Estado podrá expulsar simultáneamente a los miembros de un grupo de extranjeros siempre que la medida de expulsión se adopte al término y sobre la base de un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada uno de los extranjeros que integran el grupo.

2. Se entiende por expulsión colectiva todo acto o comportamiento por el cual un Estado obliga a un grupo de extranjeros a abandonar su territorio.

3. No podrán adoptarse medidas de expulsión colectiva contra los extranjeros nacionales de un Estado inmerso en un conflicto armado, salvo que se muestren hostiles, como grupo, hacia el Estado de acogida.»

[170] Véase McNair y Watts, *The Legal Effects of War*, pág. 76.

[171] Doehring, *loc. cit.*, vol. 8, pág. 16.