

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

GRAN SALA

ASUNTO DE SOUZA RIBEIRO c. FRANCIA
(Demanda no. 22689/07)

SENTENCIA¹

Estrasburgo

13 de diciembre de 2012

TRADUCCIÓN DE ALEJANDRO
JESÚS PALACIOS JIMÉNEZ² Y CAMILA BRUGNONI³

¹ La sentencia cuenta con una traducción al español en la base de datos de jurisprudencia del Tribunal HUDOC y puede consultarse en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-139031>. Sin embargo, los votos particulares no habían sido traducidos. Aquí presentamos una traducción original del voto concurrente de los jueces Pinto de Albuquerque y Vucinic.

² Estudiante de Relaciones Internacionales y Derecho, Universidad de Navarra.

³ Estudiante de Abogacía, Universidad Católica Argentina.

En el asunto de Souza Ribeiro contra Francia

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constituido en una Sala compuesta por los siguientes jueces, Nicolas Bratza, *Presidente*, Françoise Tulkens, Nina Vajić, Lech Garlicki, Corneliu Bîrsan, Boštjan M. Zupančič, Alvina Gyulumyan, Egbert Myjer, David Thór Björgvinsson, Ineta Ziemele, Päivi Hirvelä, Zdravka Kalaydjieva, Nebojša Vučinić, Angelika Nußberger, Paulo Pinto de Albuquerque, Erik Møse, Andre Potocki, *jueces*, así como Michael O'Boyle, *Secretario Adjunto*,

Tras haber deliberado en privado el 21 de marzo y el 19 de Septiembre de 2012,

Dicta la siguiente,

SENTENCIA

[...]

VOTO CONCURRENTENTE DEL JUEZ PINTO DE ALBUQUERQUE AL QUE ADHIERE EL JUEZ VUČINIĆ

El caso *De Souza Ribeiro* trata sobre el control de inmigrantes indocumentados y sobre la protección de su vida familiar. En el foco de la disputa se encuentra el estatus legal de aquellos que viven al margen de la sociedad y que no tienen más que la esperanza de obtener un pedazo de tierra.⁴ El demandante alegó que su derecho a un recurso efectivo contra una infracción de su derecho a la vida familiar fue violado debido a la falta de un recurso suspensivo contra su expulsión de la Guayana Francesa. El Gobierno argumentó que no

⁴ La imagen se extrae del notable pasaje de "De ratones y hombres", de John Steinbeck, de 1937, donde Crooks habla del sueño de George y Lennie, dos trabajadores migrantes desposeídos: "He visto a cientos de hombres pasar por el camino y en los ranchos, con sus bultos en la espalda y esa misma maldita cosa en la cabeza... cada uno de ellos tiene un pedacito de tierra en su cabeza." Con una fuerza alegórica muy fuerte, estos dos personajes retratan la búsqueda incansable de los migrantes por un futuro mejor.

se necesitaba ningún recurso suspensivo ya que en el momento de la expulsión no había peligro de daño irreversible para él. El Gobierno continuó argumentando que la particular situación geográfica de la Guayana Francesa justificaba la inexistencia de un recurso con efecto suspensivo contra la deportación de inmigrantes indocumentados. Finalmente, el Gobierno consideró que la Convención Europea de Derechos Humanos (“la Convención”) no garantizaba a los inmigrantes un derecho a un recurso con efectos suspensivos contra su expulsión con el fin de salvaguardar su vida familiar.

Comparto la conclusión de la Gran Sala de que la queja del demandante es en sí misma correcta, pero estoy obligado a explicar mi propia opinión sobre este caso por dos motivos. Por un lado, el veredicto rechaza, en el tan importante párrafo 83, un estándar de protección de los inmigrantes en línea con el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional migratorio.⁵ Por otro lado, el veredicto no provee un claro y definido estándar con el que tengan que trabajar las autoridades nacionales, dejando así la puerta abierta a acciones discrecionales por parte de las autoridades nacionales en los casos de expulsión o deportación con el riesgo de un daño irreversible a la vida familiar del inmigrante.

Por eso, mi opinión va a estar dividida en dos partes: en la primera discutiré la naturaleza de la existencia de un recurso efectivo contra la expulsión o deportación de inmigrantes indocumentados en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho

⁵ El término “migrante” se utiliza en su sentido jurídico estricto, para distinguirlo del término “refugiado” (sobre el significado jurídico de “refugiado”, véase mi opinión separada en *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* [GC], no. 27765/09, TEDH 2012). Un migrante es un nacional de un tercer país o apátrida que entró en un país extranjero para vivir allí permanentemente. Si el migrante ha ejercido una “actividad remunerada”, es un trabajador migrante. Cuando la entrada o posterior residencia en el país extranjero ha sido debidamente autorizada, se le llama migrante documentado. Cuando la entrada o residencia del migrante no ha sido autorizada o ha dejado de serlo, se lo llama migrante indocumentado. La expresión *sans papiers* (“sin papeles”) se utiliza comúnmente en algunos países, principalmente para designar a los migrantes que han perdido su estatus legal. Este era el caso del demandante en el momento de los hechos.

internacional migratorio y voy a recalcar los estándares de la Convención; en la segunda parte evaluaré los hechos del caso en relación a los parámetros antes identificados, poniendo especial atención las circunstancias personales del demandante en el momento de los hechos, las características específicas de la política del Estado demandado en relación a la deportación de inmigrantes de la Guayana Francesa desde la perspectiva legal y *de facto*. Por último, se evaluará la supuesta excepcionalidad de la situación geográfica de la Guayana Francesa.

La expulsión de inmigrantes indocumentados según el derecho internacional

En tiempos de desempleo y limitaciones fiscales, los Estados evitan tener que garantizar a los inmigrantes un acceso igualitario a los derechos civiles y sociales y dan por ello preferencia a los nacionales sobre los inmigrantes. Esta política no sólo desafía la cohesión social en los países europeos, sino que afecta directamente al principio de igualdad. Al no reconocer los derechos civiles y sociales de los inmigrantes indocumentados, los Estados se vuelven moralmente responsables de la mercantilización de aquellas personas que viven en lo más bajo de la escala social. Esta responsabilidad es no sólo moral, sino legal. Como dijo Cicerón, *Meminerimus autem etiam adversus infimos iustitiam esse servandam*.⁶

De hecho, los inmigrantes indocumentados no son ignorados por el derecho internacional. Los migrantes han sido gradualmente incluidos en el núcleo de la protección proveída por los principales tratados de derechos humanos, bajo los auspicios del Comité para la Eliminación de Todas Formas de Discriminación Racial⁷, el Comité de

⁶ Marco Tulio Cicerón, *De officiis*, 1, 13 (41): “No olvidemos que también se debe hacer justicia a los más humildes.”

⁷ Recomendación General No. 30 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: *Discriminación contra los no ciudadanos*, 1 de octubre de 2004, UN Doc.

Derechos Humanos⁸, el Comité de los Derechos del Niño⁹ y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales^{10,11}. Además, hay una clara tendencia en el derecho internacional a apoyar un estatus legal emergente sobre los inmigrantes indocumentados, con un largo catálogo de derechos protegidos y deberes impuestos sobre las personas que, por una razón u otra, han emigrado o han permanecido sin autorización en el país de acogida¹².

CERD/C/64/Misc.11/rev.3 (2004), párr. 7, que establece que las garantías legislativas contra la discriminación racial se aplican a los no ciudadanos "independientemente de su condición de inmigrantes".

⁸ Observación General No. 31 del Comité de Derechos Humanos: *La naturaleza de la obligación legal general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, 26 de mayo de 2004, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, párrafo 10, según el cual el disfrute de los derechos del Pacto no se limita a los ciudadanos de los Estados Partes, sino que también debe estar a disposición de todas las personas, independientemente de su nacionalidad o apatridia.

⁹ Observación General No. 5 del Comité de los Derechos del Niño: *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, 27 de noviembre de 2003, UN Doc. CRC/GC/2003/5, párrafo 1, y Observación General No. 6: *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de sus países de origen*, 1° de septiembre de 2005, UN Doc. CRC/GC/2005/6, párrafo 12, según el cual los derechos reconocidos por la Convención deben estar a disposición de todos los niños, incluidos los niños migrantes.

¹⁰ Observación General No. 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *La no discriminación en los derechos económicos, sociales y culturales*, 2 de julio de 2009, UN Doc. E/C.12/CG/20, párrafo 30, según el cual el motivo de la nacionalidad no debe impedir el acceso a los derechos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ya que se aplica a todas las personas, incluidos los trabajadores migrantes, independientemente de su situación jurídica.

¹¹ Basándose en una revisión del derecho internacional de los derechos humanos, el Relator Especial sobre los derechos humanos de los no ciudadanos llegó a la conclusión de que "todas las personas, en virtud de su humanidad esencial, deben disfrutar de todos los derechos humanos, a menos que existan distinciones excepcionales, por ejemplo, entre ciudadanos y no ciudadanos, que sirvan a un objetivo legítimo del Estado y que sean proporcionales a la consecución de dicho objetivo", en "*The rights of non-citizens*", Informe final del Relator Especial, Sr. David Weissbrodt, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/23, 26 de mayo de 2003, p. 2.

¹² No existe un único instrumento internacional integral que regule la migración y establezca los derechos y deberes de los migrantes. Seis instrumentos universales proporcionan la estructura jurídica para la protección de los derechos humanos de los migrantes, así como para la cooperación internacional destinada a regular la migración.

En el seno de las Naciones Unidas, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (“la Convención de los Migrantes”), adoptada por la Asamblea General en su Resolución 45/158 del 18 de diciembre de 1990, traza los estándares más importantes en el derecho internacional migratorio¹³. La razón de ser de esta

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares adapta los derechos previstos en los Pactos internacionales de derechos políticos y civiles y de derechos económicos, sociales y culturales de 1966 a la situación específica de los trabajadores migratorios. El Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (C-97) y el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (C.143), y las dos Recomendaciones conexas, así como el Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales aprobado por el Consejo de Administración de la OIT en marzo de 2006, establecen los principios de un enfoque de la migración laboral basado en los derechos. Sobre la base de estos instrumentos internacionales, nació una rama del derecho internacional científicamente autónoma: el derecho internacional migratorio.

¹³ La Convención contra el tráfico ilícito de migrantes establece un estándar universal de trato no discriminatorio de los trabajadores migrantes, aunque los principales países de acogida aún no la han ratificado. Esta norma también es válida para Europa, a pesar de que la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa, incluido el Estado demandado en este caso, no han ratificado el Convenio. Se podría establecer un paralelismo con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad o la Convención sobre el estatuto jurídico de los niños nacidos fuera del matrimonio. En *Glor c. Suiza* (no. 13444/04, § 53, TEDH 2009), la Corte se refirió a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como la base de “un consenso europeo y mundial sobre la necesidad de proteger a las personas con discapacidad del trato discriminatorio”, a pesar de que los hechos relevantes tuvieron lugar antes de la adopción de la Convención por parte de la Asamblea General y de que el Estado demandado no había ratificado la Convención en el momento de la sentencia de la Corte. En *Mazurek c. Francia* (N° 34406/97, art. 49 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, N° 2000-II), el Tribunal invocó la Convención sobre el Estatuto Jurídico de los Niños Nacidos fuera del Matrimonio, que en ese momento sólo había sido ratificada por un tercio de los Estados miembros del Consejo de Europa, pero no por Francia, como prueba de la “gran importancia” que concedían los Estados miembros a la igualdad de trato jurídico de los niños nacidos fuera del matrimonio. En otras palabras, la universalidad de las normas de derechos humanos establecidas en los tratados y convenciones que tienen por objeto poner fin a las situaciones de discriminación no depende necesariamente del número de partes que las ratifiquen. Además, la universalidad de la Convención sobre el tráfico ilícito de migrantes se ve reforzada por la anterior Declaración sobre los derechos humanos de las personas que no son nacionales del país en que viven,

Convención está explícitamente recogida en su Preámbulo, el cual reconoce que los inmigrantes indocumentados enfrentan serias violaciones a sus derechos humanos, que se debe alentar las acciones apropiadas para prevenir y eliminar los movimientos clandestinos y el tráfico de migrantes, y que se desalentará el recurso al empleo de los inmigrantes indocumentados si se reconocen los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores extranjeros. Con todos estos desafíos en el horizonte, la Convención de los Migrantes valientemente reconoce un amplio rango de derechos civiles, políticos, económicos y sociales para los trabajadores extranjeros y sus familias, tanto documentadas como indocumentadas, incluyendo el derecho al acceso a los tribunales y el derecho de recurrir contra la decisión de expulsión¹⁴. Según el artículo 22, párrafo 4, de esta

aprobada por la Asamblea General en su resolución 40/144, de 13 de diciembre de 1985. Esta Declaración, que allanó el camino para la Convención, contiene principios básicos para la protección de los derechos humanos sin discriminación por motivos de nacionalidad o de estatus de residencia. En particular, el artículo 5 enumera algunos derechos cívicos básicos, como el derecho a la protección contra la injerencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia o la correspondencia y el derecho a la igualdad ante los tribunales, y el artículo 7 dispone que un migrante que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada de conformidad con la ley y deberá hacerlo, salvo cuando razones imperiosas de seguridad nacional exijan otra cosa, podrá presentar las razones por las que no deba ser expulsado y hacer que el caso sea examinado por la autoridad competente o por una o varias personas especialmente designadas por ella, así como hacerse representar a tal efecto ante ella.

¹⁴ En el derecho comparado, existen tres sistemas que regulan el efecto jurídico de un recurso contra una decisión de expulsión, deportación, expulsión o cualquier otra medida similar. Los Estados pueden establecer que la apelación tenga un efecto suspensivo sobre la medida impugnada o que sólo tenga un efecto devolutivo (*appellatio in devolutivo*). En el segundo caso, la apelación se limita a atribuir a la autoridad de apelación la competencia para conocer y decidir sobre el caso en cuestión, sin que se suspendan los efectos de la decisión apelada mientras se lleva a cabo la revisión. La apelación puede interponerse desde fuera del país de acogida y, por lo tanto, la revisión puede tener lugar en ausencia. En el primer caso, los Estados tienen dos alternativas: el recurso puede ir acompañado de un efecto suspensivo automático o de un efecto suspensivo discrecional sobre la decisión impugnada. La diferencia no carece de importancia. Si la apelación tiene efecto suspensivo automático, suspende inmediatamente la ejecución de la decisión impugnada. Si el efecto suspensivo del recurso es discrecional, el recurrente debe solicitar la suspensión de la orden de expulsión y la autoridad revisora tiene la opción, al comienzo del procedimiento de

Convención: “Salvo cuando una autoridad judicial dicte una decisión definitiva, los interesados tendrán derecho a exponer las razones que les asistan para oponerse a su expulsión, así como a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello. Hasta tanto se haga dicha revisión, tendrán derecho a solicitar que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsión.”¹⁵

recurso, de suspender la decisión impugnada hasta que finalice su revisión. En este caso, la decisión impugnada no puede ejecutarse antes de que la autoridad revisora haya tomado una decisión sobre la solicitud de suspensión. La norma establecida en el razonamiento de la presente sentencia de la Gran Sala no está clara, ya que el apartado 83 no exige un recurso de suspensión automática contra las resoluciones de expulsión cuando se alega una injerencia en la vida familiar, pero el apartado 96 critica la expulsión del solicitante antes del examen de la "legalidad de la resolución de expulsión" por parte de una autoridad independiente, lo que implica que hasta que la resolución de expulsión no sea examinada en cuanto al fondo no debería producirse ningún traslado.

¹⁵ La jurisprudencia del Comité sobre los Trabajadores Migrantes ha estado muy atenta a la garantía efectiva de una apelación contra las órdenes de expulsión y remoción (véanse las Observaciones finales sobre Argentina, UN Doc. CMW/C/ARG/CO/1, 2 de noviembre de 2011, párrafo 25; Observaciones finales sobre Chile, UN Doc. CMW/C/C/CHL/CO/1, 19 de octubre de 2011, párrafos 28-29; Observaciones finales sobre Guatemala, UN Doc. CMW/C/GTM/CO/1, 18 de octubre de 2011, párrafos 22-23; Observaciones finales sobre México, UN Doc. CMW/C/MEX/CO/2, 3 de mayo de 2011, párrafo 10; Observaciones finales sobre Ecuador, UN Doc. CMW/C/ECU/CO/2, 15 de diciembre de 2010, párrafos 29-30; Observaciones finales sobre Albania, UN Doc. CMW/C/ALB/CO/1, 10 de diciembre de 2010, párrafos 23-24; Observaciones finales sobre Argelia, UN Doc. CMW/C/DZA/CO/1, 19 de mayo de 2010, párrafos 22-23; Observaciones finales sobre El Salvador, UN Doc. CMW/C/SLV/CO/1, 4 de febrero de 2009, párrafos 27-28; Observaciones finales sobre Bolivia, UN Doc. CMW/C/BOL/CO/1, 2 de mayo de 2008, párrafos 29-30; Observaciones finales sobre Colombia, UN Doc. CMW/C/COL/CO/1, 22 de mayo de 2009, párrafos 27-28; Observaciones finales sobre Ecuador, UN Doc. CMW/C/ECU/CO/1, 5 de diciembre de 2007, párrafos 2526; y Observaciones finales sobre México, UN Doc. CMW/C/MEX/CO/1, 20 de diciembre de 2006, párrafo 13). De esta jurisprudencia se desprende que la apelación debería tener un efecto suspensivo automático, ya que los trabajadores migrantes y sus familiares sólo deberían ser expulsados del territorio del Estado Parte en virtud de una decisión adoptada por la autoridad competente de conformidad con la ley y revisada en apelación. En consecuencia, el Comité recomienda que los Estados Partes “prorroguen los permisos de residencia temporal por el período durante el cual esté pendiente ante las autoridades administrativas o judiciales competentes un recurso contra las

Los inmigrantes que no trabajan disfrutan de la misma protección, según el derecho internacional de los derechos humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe las interferencias arbitrarias o ilegales en la familia del inmigrante¹⁶ y provee el derecho de acceso a los tribunales, incluyendo el derecho a un recurso que suspenda su expulsión y deportación de los inmigrantes indocumentados. En 2008 el Comité de Derechos Humanos examinó específicamente la situación en la Guayana Francesa y vehementemente censuró al Estado demandado en este caso en los siguientes términos: “Adicionalmente, no se le permite ningún recurso ante los tribunales a aquellas personas deportadas del territorio de ultramar de Mayotte, involucrando a alrededor de 16.000 adultos y 3.000 niños por año, o en la Guayana Francesa o Guadalupe (artículos 7 y 13). El Estado Parte debe asegurar que el retorno de nacionales extranjeros, incluyendo a los que busquen asilo, se evalúe a través de un proceso justo que efectivamente excluya el riesgo real existente de que alguna persona sufra serias violaciones a sus derechos humanos durante su retorno. Los extranjeros indocumentados y los solicitantes de asilo deben ser debidamente informados y asegurados de sus derechos, incluyendo el derecho a solicitar asilo, con acceso a asistencia legal gratuita. El Estado parte debe asegurarse también de que todos los individuos sujetos a órdenes de deportación dispongan de un tiempo adecuado para preparar su solicitud de asilo, con acceso garantizado a traductores y al derecho de apelación con efectos suspensivos. El Estado Parte debe ejercer el mayor cuidado en el uso de tales garantías y debe adoptar procedimientos claros y transparentes que permitan la revisión de la decisión por medio de los mecanismos judiciales oportunos antes de

decisiones de la Dirección Nacional de Migraciones sobre la legalidad de la estancia de un migrante”.

¹⁶ Comité de Derechos Humanos en *Madafferi c. Australia*, Comunicación No. 1011/2001, 26 de agosto de 2004, UN Doc. CCPR/C/81/D/1011/2001, párrafo 9.8; *Bakhtiyari c. Australia*, Comunicación No. 1069/2002, 6 de noviembre de 2003, UN Doc. CCPR/C/79/D/1069/2002, párrafo 9.6; y *Winata c. Australia*, Comunicación No. 930/2000, 6 de agosto de 2001, UN Doc. CCPR/C/72/D/930/2000, párrafo 7.3.

que los individuos sean deportados, así como las medidas efectivas para monitorear el destino de los individuos afectados.”¹⁷ Esta posición del Comité de Derechos Humanos es evidentemente válida no solo para solicitantes de asilo, sino también para todos los inmigrantes indocumentados que se enfrentan a la expulsión o deportación, o a cualquier medida similar, como dijo el propio Comité. En otras decisiones del Comité, la protección de todos los migrantes, independientemente de su estatus legal, se ha enfatizado aún más claramente. El ejemplo más llamativo es la de las Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos sobre Bélgica del 12 de agosto de 2004, donde el Comité afirmó de manera directa que: “El Estado Parte debe extender el plazo para presentar quejas y para que éstas tengan un efecto suspensivo sobre las medidas de expulsión. Debe otorgar efecto suspensivo no sólo a las medidas de emergencia sino también a las apelaciones acompañadas por una petición ordinaria de suspensión rellena por cualquier migrante contra una orden de expulsión que le concierna”¹⁸. Esta misma línea argumental fue sostenida en las Observaciones Finales sobre Irlanda del 30 de julio de 2008, donde el Comité recomendó que el Estado “debía también poner en marcha un procedimiento independiente de apelaciones para repasar todas las decisiones relacionadas con la inmigración. Recurrir a este procedimiento, así como el recurrir al control jurisdiccional de las decisiones no favorables, debería tener un efecto suspensivo con respecto a esas decisiones”¹⁹.

De hecho, esta posición del Comité está en línea con su propia interpretación del estatus legal de los inmigrantes dentro de la Convención, expresada en su Observación General No. 15, donde el Comité estableció que: “El artículo 13 regula directamente sólo el procedimiento y no los fundamentos sustantivos de la expulsión. No

¹⁷ ONU Doc. CCPR/C/FRA/CO/4, 31 de julio de 2008, párrafo 20.

¹⁸ CCPR, Observaciones Finales sobre Bélgica, UN Doc. CCPR/CO/81/BEL, 8 de diciembre de 2004, párrafos 21 y 23.

¹⁹ CCPR, Observaciones Finales sobre Irlanda, UN Doc. CCPR/C/IRL/CO/3, 30 de julio de 2008, párrafo 19.

obstante, al permitir solamente las expulsiones ‘en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley’, su objetivo es claramente impedir las expulsiones arbitrarias. Por otra parte, otorga a cada extranjero el derecho a que se adopte una decisión en su propio caso y, por lo tanto, el artículo 13 no se cumple con leyes o decisiones que dispongan expulsiones colectivas o en masa. Este entendimiento, en opinión del Comité, queda confirmado por otras disposiciones relativas al derecho a aducir argumentos contra la expulsión y a que la decisión sea sometida a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas por ella, y a hacerse representar ante ellas. Se deben dar a los extranjeros plenas facilidades para entablar recursos en contra de la expulsión de manera que ese derecho sea efectivo en todas las circunstancias de su caso. Los principios del artículo 13 relativos a la apelación de la expulsión y al derecho a la revisión del caso por la autoridad competente sólo pueden dejar de aplicarse por ‘razones imperiosas de seguridad nacional’. En la aplicación del artículo 13 no se puede discriminar entre las diferentes categorías de extranjeros”. Aunque estas consideraciones se referían a aquellos inmigrantes legalmente presentes en el territorio, el Comité también añadió que cuando la legalidad de la presencia de un inmigrante en el territorio sea dudosa, también deben aplicarse las garantías que otorga el artículo 13.²⁰

²⁰ Observación General No. 15 del CCPR: *La posición de los extranjeros en virtud del Pacto*, 11 de abril de 1986, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.6 en 140 (2003), párs. 9 y 10. Refiriéndose a la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, y específicamente a Hammel c. Madagascar, N° 155/1983, Giry c. la República Dominicana, N° 193/1985, y Canon García c. el Ecuador, N° 155/1983. 319/1988, Manfred Novak resumió la posición del Comité en los siguientes términos: "Estas decisiones y formulaciones dejan claro que el Comité interpreta el artículo 13 de tal manera que los Estados Partes deben suspender una decisión de expulsión pendiente, siempre que no se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional" (Manfred Novak, Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, Comentario del CCPR, 2ª edición revisada, 2005, pág. 299). Este resumen ha sido confirmado por otros destacados comentaristas del Pacto, como Pieter Boeles, *Fair Immigration Proceedings in Europe*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1997, pág. 124; y Sarah Joseph, Jenny Schutz y Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights, Cases, Materials and Commentary*, segunda edición, OUP, 2004, pág. 124. 382: "No parece que las revisiones en rebeldía se

En su Recomendación General nro. 30 sobre la discriminación contra los no ciudadanos, el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial expresó la misma preocupación de que los no ciudadanos deberían tener acceso en igualdad de condiciones a remedios efectivos, incluyendo el derecho a impugnar una orden de expulsión o deportación, y que se les permita efectivamente perseguir tales remedios. Los no ciudadanos no deben ser devueltos o deportados a un país o territorio donde corren el riesgo de ser objeto de graves abusos contra los derechos humanos y además se debe evitar la expulsión de los no ciudadanos —especialmente de los residentes a largo plazo— que daría lugar a una injerencia desproporcionada en el derecho a la vida familiar.²¹

El Comité de los Derechos del Niño también trató el asunto de la expulsión o deportación de los niños extranjeros. En su Comentario General sobre el tratamiento de niños no acompañados y separados fuera de su país de origen, el Comité dijo que los Estados Parte no deberían devolver a los niños a un país donde existan motivos fundados para creer que existe un riesgo real de daños irreparables a los niños, “tales como, pero no limitado a, aquellos contemplados bajo los artículos 6 y 37 de la Convención [sobre los Derechos del Niño]”, a saber, el derecho a la vida, a la integridad física y a la libertad.²²

Los sistemas de protección regional de los derechos humanos en África, América y Europa han confirmado la tendencia descrita anteriormente. En el sistema africano, el derecho a un juicio justo, incluyendo el derecho a apelar ante un juez y el derecho a que la

ajusten a la necesidad de proporcionar a los posibles deportados todas las facilidades para interponer recursos contra la expulsión, de conformidad con el párrafo 10 de la Observación general No. 15”.

²¹ Recomendación general No. 30 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, citada anteriormente, párrafos. 25 y 27 y 28, y Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones finales sobre la República Dominicana, 16 de mayo de 2008, párr. 13.

²² Observación General No. 6 del Comité de los Derechos del Niño, citada anteriormente, párrafo 27.

decisión judicial esté debidamente motivada, también se ha aplicado a los procedimientos de expulsión o deportación. En *ZLHR y IHRDA c. República de Zimbabue*, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos decidió que claramente el Estado demandado no quiso que el demandante fuera oído por el Tribunal Supremo mientras que estuvieran pendientes los procedimientos de deportación. El Estado demandado lo había deportado antes de la fecha programada para la audiencia evitando así efectivamente que sea escuchado. La Comisión añadió que el demandante todavía podría haber procedido contra el Estado demandado desde donde se lo deportó, pero debido a que su deportación fue inmediata el Estado demandado frustró el proceso judicial que había sido iniciado.²³

En el sistema interamericano de protección de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tomó una posición de principios en su Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la condición jurídica y los derechos de inmigrantes indocumentados, el 17 de septiembre de 2003. Allí afirmó el principio fundamental de que “la no discriminación y el derecho a la igualdad son parte del *ius cogens* aplicables a todos los residentes sin importar su estatus migratorio”. Por ello, el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido como una de las garantías mínimas que debe serle ofrecido a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la preservación del debido proceso incluye todas las materias y personas, sin discriminación. El estatus migratorio de una persona no puede ser una justificación para despojarle del disfrute y ejercicio de sus derechos humanos y, al asumir una función relacionada con el trabajo, el migrante adquiere derechos por el hecho de ser un trabajador que debe ser reconocido y garantizado independientemente de su situación regular o irregular

²³ ZLHR y IHRD c. República de Zimbabue, No. 294/04, párrafos 106-09; y, de manera similar, Kenneth Good c. República de Botsuana, No. 313/05, párrafos 179-80 y 194-95; IHRDA c. Angola, no. 292/04, párrafos 58-59; Amnistía Internacional c. Zambia, No. 212/98, párrafos 41, 50 y 59-61; OMCT y otros c. Ruanda, nos. 27/89, 46/91, 49/91 y 99/93 (1996), párr. 34; UIADH (en nombre de Esmaila Connateh y otros 13) c. Angola, N° 159/1996, párrafos. 39 a 40 y 61 a 65; y RADDH c. Zambia, No. 71/1992, párr. 27.

en el Estado de empleo²⁴. Adicionalmente, la Corte Interamericana reconoció que ni el texto ni el espíritu de la Convención Americana establecen una restricción en cuanto a si el daño irreparable debe ser contra la vida o la integridad física, y consecuentemente si otros derechos deben estar sujetos a una protección similar a aquella garantizada a la vida y la integridad personal. En otras palabras, el riesgo de daño irreparable al derecho de un inmigrante a la vida familiar, por ejemplo, debe ser evaluado con las mismas garantías de debido proceso que cualquier otro riesgo a un daño irreparable a los derechos de la Convención²⁵.

En el sistema europeo de derechos humanos se han cruzado diferentes opiniones sobre este tema. Años después de la aprobación de la Convención Europea sobre el Estatus Legal de los Trabajadores Migrantes²⁶, el Consejo de Europa todavía tiene una posición dividida sobre el ámbito de las garantías procedimentales contra la expulsión o deportación de inmigrantes, ya que el Comité de Ministros, la

²⁴ Opinión Consultiva sobre los migrantes indocumentados, párrafos 124 a 27; y en el mismo sentido, Raghda Habbal e hijo c. la Argentina, informe N° 64/08, caso N° 11.691, 25 de julio de 2008, párr. 54; Riebe Star y otros c. México, informe No. 49/99, caso No. 11.160, 13 de abril de 1999, párr. 71; Juan Ramón Chamorro Quiroz c. la Argentina, caso No. 49/99, caso No. 49/99. Costa Rica, informe No. 89/00, caso No. 11.495, 5 de octubre de 2000, párrafos 34 a 36; y José Sánchez Guner Espinales y otros c. Costa Rica, informe No. 37/01, caso N° 11.529, 22 de febrero de 2001, párrafos 43 a 45; el informe sobre terrorismo y derechos humanos, OEA Doc. OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr. 22 de octubre de 2002, párrafos 401 y 409; el Informe Anual de la Comisión de Derechos Humanos 2001, 16 de abril de 2001, OEA Doc. OEA/Ser./L/V/II.114, Tercer Informe de Progreso de la Relatoría sobre los Trabajadores Migrantes y sus Familias, párrafo 77; y el Informe de la Comisión sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República Dominicana, 7 de octubre de 1999, OEA Doc. OEA/Ser.L/V/II.104, párrafos 325-34, 350-62 y 366.

²⁵ Órdenes de la Corte Interamericana de 18 de agosto de 2000, 12 de noviembre de 2000 y 26 de mayo de 2001, dictadas en el caso de haitianos y dominicanos de origen haitiano expulsados de la República Dominicana.

²⁶ ETS No. 93, 24 de noviembre de 1977. Esta Convención, que establece un importante conjunto de obligaciones interestatales con respecto a los trabajadores migrantes, pero sólo se aplica a los migrantes que son nacionales de otras Partes Contratantes que "residen legalmente y trabajan regularmente", y sobre la base de la reciprocidad, no incluye una norma específica sobre los procedimientos de expulsión o remoción.

Asamblea Parlamentaria y la Comisión Europea contra el Racismo e Intolerancia han expresado diferentes puntos de vista. Por un lado, en la Directriz 5 de 2005 de las Veinte Directrices del Comité de Ministros sobre la expulsión forzada se dice: “En la orden de expulsión, o en el proceso que lleva a la orden de expulsión, al sujeto de la orden de expulsión se le debe garantizar una medida efectiva ante una autoridad u órgano competente compuesto por miembros que sean imparciales y que gocen de independencia. La autoridad u órgano competente debe tener el poder de revisar la orden de expulsión, incluyendo la posibilidad de suspenderla temporalmente. El ejercicio de esta medida debe tener un efecto suspensivo cuando el repatriado tenga una queja fundada de que ha sido sujeto a un tratamiento contrario a sus derechos humanos como se expresa en la Directriz 2.1”. En su Comentario a las Directrices, el Comité explicó que “el requerimiento para que una medida tenga el efecto de suspender la ejecución de la orden de expulsión cuando el expulsado tenga una queja fundada de que puede ser sujeto de violaciones a sus derechos humanos en consonancia con lo dispuesto en la Directriz 2.1 está basada en el veredicto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Conka c. Bélgica* (no. 51564/99, 79, TEDH 2002-I). Por ello, el Comité de Ministros extiende el razonamiento de *Conka* a todas las situaciones que tengan un riesgo a la vida y la integridad física o a “otras situaciones que pudieran, bajo el derecho internacional o la legislación nacional, justificar la garantía de la protección internacional”. De acuerdo con esto, se debe proveer un recurso con efecto suspensivo automático con respecto a los derechos humanos de las personas que necesitan protección internacional (tal y como se estableció en la Directriz 5, párrafo 3) y además se debe prever un recurso con efecto suspensivo discrecional en todos los otros casos (tal y como está previsto en la Directriz 5, párrafo 1).

La Asamblea Parlamentaria, por otro lado, siempre ha enfatizado la automaticidad del efecto suspensivo del recurso contra la expulsión o deportación de todos los inmigrantes. Es significativo que este amplio enfoque fuera expresado antes y después de las Directrices del

Comité de Ministros. En su Resolución 1509 (2006) sobre los derechos humanos de inmigrantes irregulares, la Asamblea Parlamentaria afirmó: “los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos son aplicables a todas las personas independientemente de su nacionalidad o estatus. Los inmigrantes irregulares, debido a que constantemente se encuentran en una situación de vulnerabilidad, tienen una necesidad particular de protección de sus derechos humanos, incluidos los derechos civiles, políticos, económicos y sociales más básicos. Un inmigrante irregular que esté siendo expulsado de un país debe tener derecho a un recurso efectivo ante una autoridad competente, independiente e imparcial. El recurso debe tener efecto suspensivo cuando el repatriado alegue fundadamente que, si retorna, será sujeto de un tratamiento contrario a sus derechos humanos se debe considerar el derecho al respeto por la vida privada y familiar. La deportación o debería tener lugar cuando la persona en situación irregular tenga vínculos familiares o sociales particularmente fuertes en el país que busca expulsarlo y cuando la deportación pueda llevar a la conclusión de que la expulsión sería violatoria del derecho a la vida privada y/o familiar de la persona en cuestión^{27,28}”.

²⁷ En un documento preparatorio, el relator de la Comisión de Migración, Sr. van Thijn, no dejó dudas sobre la intención de la Asamblea Parlamentaria de incluir el derecho a la vida familiar entre los derechos que deberían ser protegidos por un mecanismo de revisión con efecto suspensivo (Asamblea Parlamentaria, Doc. 10924, 4 de mayo de 2006, “Derechos Humanos de los migrantes irregulares”, Informe del Comité de Migración, Refugiados y Población).

²⁸ Esta posición más amplia es coherente con la Recomendación PACE 1504 (2001) sobre la no expulsión de inmigrantes a largo plazo, que establece que los Estados deben “conceder a las personas sujetas a expulsión el derecho a una apelación con efecto suspensivo, debido a las consecuencias irreversibles de la ejecución de la expulsión”, y con la Recomendación PACE 1547 (2002) sobre procedimientos de expulsión conformes con los derechos humanos y ejecutados con respeto a la seguridad y la dignidad, en la que se prevé que los Estados deben “introducir en la legislación las garantías legales necesarias para que las personas cuyos derechos hayan sido violados durante el procedimiento de expulsión sean capaces de ejercer de manera efectiva su derecho de apelación, a saber: la presencia de la víctima en el Estado que haya decidido expulsarla durante todo el procedimiento de recurso, en su caso mediante: la suspensión de un procedimiento de expulsión contra una persona que se encuentre

En la misma línea, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (CERI) ha abordado a menudo los derechos de los inmigrantes indocumentados en varios informes de país y ha criticado el hecho de que “las apelaciones contra las decisiones negativa no tienen un efecto suspensivo sobre las deportaciones”²⁹. Un claro vínculo entre la amenaza a la vida familiar del inmigrante y el efecto suspensivo de la revisión de las órdenes de expulsión fue establecido en el Segundo Informe sobre Eslovenia, el 8 de julio de 2003, párrafo 53: “CERI se preocupa mucho por aprender que, aunque algunas de las personas nacieron en Eslovenia o han estado viviendo en desde su infancia en el país y/o tienen un fuerte vínculo familiar en Eslovenia, fueron deportadas. La CERI vuelve su atención al artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos según la cual la expulsión de un extranjero no debe infringir su derecho a la vida familiar. La CERI considera así mismo que a cualquier no ciudadano que sea deportado o amenazado con la deportación debería dársele la oportunidad de ejercer todos los derechos garantizados por las leyes nacionales e internacionales, incluyendo una apelación suspensiva contra la deportación ante un tribunal y todos los medios de defensa ante ese tribunal, como el derecho a tener un intérprete gratuito y al acceso a asistencia legal gratuita si fuera necesario”.³⁰

aún en el Estado de expulsión; o la devolución de una persona expulsada al Estado que la haya expulsado”.

²⁹ Véase el tercer informe de la CERI sobre Italia, 16 de mayo de 2006, párr. 105. En el presente informe, la Comisión también se refirió a la sentencia No. 222 del Tribunal Constitucional de Italia, de 8 a 15 de julio de 2004, en la que se declaró inconstitucional la disposición contenida en el párrafo 5 bis del artículo 13 del Texto Único sobre Inmigración (introducido por el Decreto-ley N° 51 de 2002, convertido en la Ley No. 106 de 2002), en la medida en que no se preveía la convalidación de la deportación en una audiencia adecuada, antes de la ejecución de la orden y con las debidas garantías de defensa.

³⁰ Se expresaron preocupaciones similares en el Cuarto Informe sobre España, de 8 de febrero de 2011, párrafo 190; en el Tercer Informe sobre Irlanda, de 24 de mayo de 2007, párrafo 69; en el Tercer Informe sobre Portugal, de 13 de febrero de 2007, párrafo 80; en el Tercer Informe sobre Rumania, de 21 de febrero de 2006, párrafo 115; en el Tercer

Finalmente, dentro de la Unión Europea, en el preámbulo de la Directiva 2001/40/EC del Consejo del 28 de mayo de 2001 sobre el reconocimiento mutuo de las decisiones de expulsión de los nacionales de terceros países se establece que las decisiones de expulsión deben ser adoptadas según los derechos reconocidos en los artículos 3 y 8 de la convención, no sólo con respecto a los inmigrantes sospechosos de haber cometido serios crímenes, sino también respecto de aquellos que quebrantaron las leyes nacionales sobre la entrada y residencia de extranjeros. Además, la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 16 de diciembre de 2008 sobre los estándares comunes y procedimientos en los Estados miembro para devolver a lo nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en un país europeo incluye una provisión sobre la existencia de un recurso de apelación contra la expulsión. El artículo 13 provee la posibilidad de que el recurso de apelación tenga un efecto suspensivo si así lo determinase el órgano de apelación. En otras palabras, los Estados miembro de la Unión Europea deben, al menos, proporcionar una revisión con efectos suspensivos de manera discrecional³¹. La denegación por parte de la

Informe sobre Estonia, de 21 de febrero de 2006, párrafo 71; y en el Tercer Informe sobre Suecia, de 14 de junio de 2005, párrafo 50; el Tercer Informe sobre Bélgica, 27 de enero de 2004, párrafo 29; el Segundo Informe sobre Lituania, 15 de abril de 2003, párrafo 50; el Segundo Informe sobre Portugal, 4 de noviembre de 2002, párrafo 30; el Segundo Informe sobre Finlandia, 23 de julio de 2002, párrafo 50; el Segundo Informe sobre Estonia, 23 de abril de 2002, párrafo 32; y el Primer Informe sobre la Federación de Rusia, 26 de enero de 1999, párrafo 38.

³¹ La crítica de esta solución ya se ha hecho con argumentos sólidos: "En la práctica, la falta de información o la breve demora entre la emisión de la orden de expulsión y su aplicación pueden dar lugar a una situación en la que los migrantes son expulsados antes de que finalice el procedimiento de apelación. El efecto suspensivo de la apelación contra una orden de retorno o de expulsión debería ser automático para permitir a los migrantes permanecer en el territorio de los Estados miembros antes de que se adopte una decisión definitiva sobre su expulsión", en Cáritas Europa, la Comisión de las Iglesias para los Migrantes en Europa, la Comisión de las Conferencias Episcopales de la Comunidad Europea, la Comisión Católica Internacional de Migración, el Servicio Jesuita a Refugiados de Europa y el Consejo Cuáquero para Asuntos Europeos, Comentarios sobre la propuesta de la Comisión Europea de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países

autoridad revisora de la solicitud de suspensión de la ejecución de expulsión corre el riesgo de ser errónea y consecuentemente de causar un daño irreversible, a menos que el caso esté manifiestamente infundado; pero si ese es el caso, la apelación debe ser inmediatamente desestimada por falta de motivos plausibles. Cuando el caso no es manifiestamente infundado, la propia naturaleza del procedimiento de revisión exige la suspensión de la ejecución de la resolución recurrida. En otras palabras, a apelación contra la orden de expulsión o deportación es manifiestamente infundada y por eso la autoridad revisora está en posición de tomar una decisión inmediata sobre el caso, haciendo vana la suspensión de los efectos de la orden de expulsión apelada; o la apelación no sea manifiestamente infundada y una denegación de los efectos suspensivos podría comprometer seriamente el objetivo inmediato del procedimiento de revisión y violar las garantías que se le conceden al demandante. Aparte del inadmisibles margen de riesgo de un daño irreversible, se debe tener en cuenta que cuando se tiene que hacer una apelación para revisión fuera del país de acogida, ésta no puede ser hecha tan justamente como se hubiera hecho dentro del propio

que se encuentren ilegalmente en su territorio, COM(2005)391, marzo de 2006; en la misma línea, véanse también los comentarios del Consejo Europeo sobre refugiados y exiliados a la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio (COM(2005) 391 final); y la Plataforma para la cooperación internacional en materia de migración indocumentada, comentario al Libro Verde sobre una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales presentado por la Comisión Europea (COM(2002) 175 final). Ante la Cámara de los Lores, el Consejo de Refugiados y Amnistía Internacional expresaron su opinión de que todas las personas sujetas a una orden de expulsión deberían tener derecho de apelación en el país y poder plantear temores sobre el trato a su regreso, en contra de lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención. La Asociación de Profesionales en Derecho de Inmigración fue aún más lejos, considerando que sólo en circunstancias excepcionales un recurso no debe tener efecto suspensivo. El Comité de la Unión Europea de la Cámara de los Lores, en su 32º informe del período de sesiones 2005/2006, titulado "Migrantes ilegales: propuestas para una política común de retorno de la UE", concluyó que "es inaceptable que la importante cuestión de si la presentación de una apelación debe o no suspender el proceso de retorno se deje totalmente a la discreción de los Estados miembros".

país, principalmente por las dificultades prácticas que soportan los inmigrantes para mantenerse en contacto con sus abogados o las autoridades del país de acogida y para aportar las pruebas que sean necesarias para sustentar su posición en el caso. La cruda realidad en cuanto al número mínimo de casos de extranjeros expulsados que logran apelar con éxito desde el exterior y volver al país anfitrión es una prueba clara de que una apelación no suspensiva contra una orden de expulsión o deportación es casi una profecía consumada³².

Resumiendo, es evidente que el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho migratorio internacional imponen al menos una doble vía para asegurar las garantías procesales con respecto a los inmigrantes indocumentados: primero, tienen derecho a acceder a los tribunales en el país de acogida para defender sus derechos humanos, incluyendo sus derechos familiares, y, en segundo lugar, tienen derecho a una revisión automática de carácter suspensiva de cualquier orden de expulsión o deportación o de cualquier medida similar en el caso de que se encuentren ante el riesgo de un supuesto daño irreparable a su vida familiar. El principio subyacente es que la unidad familiar excluye cualquier interés público en la expulsión, deportación o similar, y por lo tanto este principio debe mantenerse protegido siempre que sea posible.³³

³² Véase el Comité de la Unión Europea de la Cámara de los Lores, en su 32º informe de la sesión 2005/06, "Illegal Migrants: proposals for a common EU returns policy", apartado 93.

³³ Esta conclusión es compartida por la Comisión Internacional de Juristas (CIJ). En su Guía para Profesionales nro. No. 6 sobre "Migración y Derecho Internacional de los Derechos Humanos", 2011, la Comisión argumenta que "para proporcionar un recurso efectivo, la apelación debe ser suspensiva de la medida de expulsión desde el momento en que se presenta la apelación, ya que la noción de recurso efectivo requiere que las autoridades nacionales consideren plenamente la compatibilidad de una medida con las normas de derechos humanos, antes de que se ejecute la medida" (p. 142). "Además, en particular en los casos de expulsión, el recurso debe tener la facultad de suspender la situación de violación potencial cuando la falta de suspensión dé lugar a un daño irreparable o a efectos irreversibles para el solicitante mientras se examina el caso" (pág. 262). Por lo tanto, la conclusión obvia es que "es poco probable que los derechos de revisión no suspensivos proporcionen una protección efectiva" (p. 134). También cabe mencionar la labor del Grupo de juristas eminentes de la CIJ sobre el terrorismo,

La expulsión de inmigrantes indocumentados bajo la Convención

Según la jurisprudencia del Tribunal, un Estado tiene derecho a controlar la entrada de inmigrantes en su territorio y su residencia en el país. Si la Convención no garantizase *per se* el derecho de un inmigrante a entrar o a residir en un país concreto, las políticas de inmigración no estarían fuera del ámbito de la jurisdicción del Tribunal³⁴. Además, los inmigrantes tienen derechos protegidos por la Convención, independientemente de su estatus legal en el país de acogida. El hecho de que un inmigrante no haya sido autorizado a entrar o a residir en un país no le priva de sus derechos humanos, incluyendo el derecho a la vida familiar.

El Tribunal también ha sostenido repetidamente que una medida contra la expulsión o deportación de inmigrantes o cualquier medida similar sólo es efectiva si tiene efecto suspensivo, al menos en los casos donde la medida podría supuestamente poner al inmigrante en riesgo de un daño irreversible. El daño irreversible solía asociarse con el daño físico, como el que resulta de la tortura y de los malos tratos.³⁵ Pero el Tribunal dejó de lado esta asociación en *Conka*. Ahí, la idea de daño irreversible derivó de la prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros, independientemente de su estatus legal.³⁶

la lucha contra el terrorismo y los derechos humanos. En su informe final, el Panel afirmó que "no hay duda de que, particularmente cuando una decisión de deportación afecta a un residente de larga duración o permanente, y cuando existe un grave riesgo de que el deportado sea sometido a graves violaciones de los derechos humanos a su regreso, sólo una audiencia ante un órgano judicial independiente constituye un proceso aceptable". Ese llamamiento debería tener un efecto suspensivo, en particular cuando esté en juego un daño irreparable" ("Assessing Damage, Urging Action", Report of the Eminent Jurists Panel on terrorism, counter-terrorism and human rights, Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, 2009, pág. 119).

³⁴ Véanse las sentencias innovadoras de Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. el Reino Unido, 28 de mayo de 1985, art. 67, serie A, No. 94, y Boujlifa c. Francia, 21 de octubre de 1997, art. 42, Informes de sentencias y decisiones 1997-VI.

³⁵ Véase Jabari c. Turquía, no. 40035/98, TEDH 2000-VIII.

³⁶ Véase *Čonka*, citado anteriormente, §§ 77-79 y 85, reiterado en *Gebremedhin [Gaberamadhien] c. Francia*, No. 25389/05, § 58, TEDH 2007-II, y *Hirsi Jamaa y otros*, citado anteriormente, § 206.

Por ello, *Conka* estableció un principio según el cual el potencial daño irreversible puede ser invocado sin la alegación simultánea de peligro de tortura o malos tratos. Además, el Tribunal razonó que un recurso efectivo requiere un total efecto suspensivo, pero el efecto suspensivo discrecional es inconsistente con la efectividad requerida del recurso. Dos argumentos apoyaron esta afirmación: en primer lugar, "no es posible excluir el riesgo de que en un sistema en el que hay que solicitar la suspensión de la ejecución y en el que ésta es discrecional, se deniegue erróneamente" (véase *Conka*, citado anteriormente, 82), y, segundo, "debe tenerse en cuenta que los requisitos del artículo 13, y de otras provisiones de la convención, constituyen una garantía y no una mera declaración de intenciones o un acuerdo práctico" (ibíd., 83). El efecto suspensivo que dependa "en la práctica" en la discreción de las autoridades nacionales no reemplaza la garantía procesal ofrecida por una medida con efecto suspensivo automático, incluso si el riesgo de error es, en la práctica, mínimo. Cuando a las autoridades nacionales no se les requiere necesariamente aplazar la ejecución de la orden de expulsión o deportación mientras que esté pendiente una apelación, la garantía de un remedio efectivo ya no es real, sino virtual.

En favor de una interpretación consistente de la Convención, el presente caso debe ser resuelto a la luz de estos mismos principios sobre la necesaria automaticidad del recurso contra cualquier orden de expulsión o deportación cuya ejecución cause un daño irreversible³⁷. Adicionalmente, el Tribunal ha afirmado muchas veces que la separación de los miembros de una familia puede causar un daño irreversible para ellos, incurriendo en una posible violación del artículo 8, que debe evitarse a través de una medida de la Regla 39³⁸.

³⁷ El Convenio debe leerse en su conjunto e interpretarse de manera que promueva la coherencia y la armonía internas entre sus diversas disposiciones (véase *Klass* y otros c. Alemania, 6 de septiembre de 1978, art. 68, serie A, N° 28, y *Stec* y otros c. el Reino Unido (decisión)[GC], N° 65731/01 y 65900/01, art. 47, CEDH 2005-X).

³⁸ Véase, por ejemplo, *Neulinger* y *Shuruk* c. Suiza [GC], no. 41615/07, TEDH 2010, y *Núñez* c. Noruega, No. 55597/09, 28 de junio de 2011. La misma línea de razonamiento ha sido confirmada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con

Una vez más, la consistencia de la jurisprudencia del Tribunal requiere que se mantenga la misma comprensión general de la noción de “daño irreversible” en la interpretación del artículo 13.³⁹

las medidas provisionales para salvaguardar el derecho a la vida familiar en el caso de los migrantes haitianos mencionado anteriormente.

³⁹ No hay ninguna razón plausible para una política de doble estándar que requiera un recurso con efecto suspensivo automático cuando existe un riesgo que afecte a un derecho de los artículos 2 o 3 o a un derecho del artículo 4 del Protocolo n° 4 y sólo requiera un "examen con suficientes garantías procesales y rigor" cuando exista un riesgo que afecte a un derecho del artículo 8 (véase el apartado 83 de la presente sentencia). Tampoco existe una razón convincente para aplicar un doble estándar que imponga una revisión automática suspensiva en los casos de expulsión o remoción de migrantes documentados (artículo 1 del Protocolo n° 7) y otorgue una simple revisión devolutiva o incluso una revisión suspensiva discrecional en los casos de expulsión o remoción de migrantes indocumentados. La sentencia no justifica en modo alguno estos dobles estándares. Los derechos del artículo 8 no son derechos menores que merecen menos protección. Como los terceros en este caso han demostrado en sus observaciones a la Gran Sala, los migrantes indocumentados en la Guayana Francesa se enfrentan a problemas muy graves que pueden conducir a la destrucción de sus familias y a daños psicológicos duraderos, profundos e irreversibles para las personas implicadas. Debemos tomarnos muy en serio el derecho a la vida familiar. Por lo tanto, debe proporcionarse una garantía igual al solicitante expulsado que presente una solicitud con arreglo al artículo 8. Además, el criterio de "examen con suficientes garantías procesales y rigor" es vago. Es especialmente lamentable que la sentencia no definiera las "garantías procesales suficientes". En cambio, los equipara con el requisito previo de la "minuciosidad". En realidad, el concepto de "minuciosidad" equivale al tiempo que las autoridades nacionales tardaron en examinar el recurso de la demandante. Según la sentencia, el examen no fue "exhaustivo" porque fue "superficial" apartado 88, "excesivamente breve" apartado 95 y "extremadamente rápido, incluso superficial" (apartado 96). En otras palabras, el reiterado, y de hecho único, punto de crítica de la mayoría a la conducta de las autoridades nacionales es la "prisa con la que se ejecutó la orden de expulsión" (apartado 95) y la "brevedad del plazo" (apartado 94) entre la presentación de la solicitud ante el Tribunal Administrativo y la ejecución de la orden de expulsión por parte de las autoridades nacionales: como el Tribunal deseaba subrayar, no se necesitaron más de treinta y seis horas para expulsar al solicitante de la Guayana Francesa después de su detención. La interpretación de la mayoría lleva a una pregunta obvia: ¿cuándo será el examen lo suficientemente "minucioso"? Después de cuarenta y ocho horas, tres días, cuatro días... Con este criterio temporal extremadamente volátil, una sombra de incertidumbre nubla la aplicación de la Convención como garantía de una revisión efectiva de la orden de expulsión. La línea entre la revisión efectiva y la ineficaz se vuelve borrosa, y los requisitos procesales mínimos que deben cumplirse para que una revisión pueda calificarse como un recurso efectivo en los procedimientos de expulsión o deportación no están claros.

El principio de subsidiariedad en sí mismo también apunta en esa dirección. Los Estados miembro deben asumir su responsabilidad al tratar de manera completa y lo más rápido posible las quejas de los inmigrantes sobre violaciones a los derechos de la Convención, incluyendo las quejas relacionadas con el artículo 8, para evitar poner al Tribunal en la situación de un tribunal de primera instancia para la protección de la vida familiar de los presuntos inmigrantes indocumentados. Por ello, los Estados deben proporcionar un recurso efectivo contra la expulsión o deportación o cualquier medida similar cuando la medida pueda supuestamente poner al inmigrante en peligro de un daño irreversible a su vida familiar. Al hacerlo, permitirían que muchas quejas fundadas basadas en la Regla 39 se tramiten a tiempo a nivel nacional.

Por ello, a la luz de estos dos principios fundamentales de interpretación de la Convención —el principio de una sistemática interpretación consistente y el principio de subsidiariedad— se debe concluir que el artículo 13, leído en conjunto con el artículo 8, sí impone la necesidad de un recurso suspensivo automático contra la expulsión o expulsión, o cualquier otra medida similar, cuando supuestamente pondría a los inmigrantes en riesgo de daños irreversibles a su vida familiar.⁴⁰ Solamente esta conclusión da al

⁴⁰ En realidad, la falta de un recurso con efecto suspensivo pone en duda la eficacia de la defensa del demandante en el procedimiento de expulsión y, por tanto, su imparcialidad básica. En otras palabras, se trata de una cuestión que entra en el ámbito de aplicación del artículo 6, ya que el procedimiento de expulsión afecta directamente al derecho civil del solicitante a la vida familiar. Como mencioné en mi opinión concurrente adjunta a Hirsi Jamma y otros, los argumentos expuestos por la mayoría en *Maaouia c. Francia* ([GC], nro. no. 39652/98, TEDH 2000-X) no me convencen (para más críticas a la jurisprudencia *Maaouia* y a las “posiciones estrechas de la Corte en casos relacionados con la migración”, véase “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Derechos de los Migrantes Afectados por las Políticas, Procedimientos y Jurisprudencia de Deportación”, *Federación Internacional de Derechos Humanos y Derechos de los Migrantes Internacionales*, 2011, pp. 29-30). Tengo serias reservas en cuanto a aceptar la interpretación restrictiva del sistema de protección de los migrantes de la Convención, según la cual el artículo 6 no incluye las cuestiones de inmigración y sólo el artículo 1 del Protocolo n° 7 ofrece algunas garantías procesales limitadas a los migrantes que residen legalmente. Además de los argumentos ya expuestos en mi opinión concurrente en *Hirsi Jamaa* y otros, debería mantenerse que una

derecho a una vida familiar el lugar que se merece en el sistema europeo de protección de derechos humanos.⁴¹

Las circunstancias particulares del demandante

El demandante fue sometido a un procedimiento psicológicamente muy estresante, que podría haberle causado un daño irreversible, ya fue detenido en la calle y expulsado inmediatamente a otro país con el que no tenía ningún vínculo, dejando detrás a todo su núcleo familiar, con la perspectiva de no regresar jamás.⁴² La abrupta ruptura de todos sus vínculos con su

interpretación tan restrictiva del derecho de acceso a los tribunales discrimina infundadamente entre migrantes y nacionales, ya que el artículo 1 del Protocolo n° 7 ofrece a los migrantes documentados ("migrantes que residen legalmente") menos garantías procesales que las establecidas en el artículo 6 para los nacionales y, lo que es aún peor, impone una diferenciación infundada entre los migrantes, ya que deja a los migrantes indocumentados fuera del ámbito de aplicación tanto del artículo 6 como del artículo 1 del Protocolo n° 7. Para evitar este vacío legal creado por el propio Tribunal, éste ha proporcionado ingeniosamente a los migrantes indocumentados un grado mínimo de protección de su derecho de acceso a los tribunales, sobre la base del artículo 13 aplicado conjuntamente con los artículos 2, 3 u 8. La misma vía legal se tomó en el caso en cuestión.

⁴¹ Esta ha sido la posición persistente de muchas ONG de derechos humanos y asociaciones y movimientos de derechos de los migrantes durante muchos años. Según los Principios Comunes para la expulsión de inmigrantes irregulares y solicitantes de asilo rechazados, establecidos por Amnistía Internacional, Cáritas Europa, la Comisión de Iglesias para los Migrantes en Europa, el Consejo Europeo para los Refugiados y los Exiliados, *Human Rights Watch*, el Servicio Jesuita a Refugiados de Europa, la Plataforma para la Cooperación Internacional de los Migrantes Indocumentados, el Consejo Cuáquero para Asuntos Europeos, Save the Children, CIMADE Francia, la Iglesia Evangélica Española, *Federazione delle Chiese Evangeliche in Italia*, y SENSOA Belgium, "Toda persona sujeta a una orden de expulsión o a una orden de deportación debería tener derecho a un recurso suspensivo individual en el país contra estas decisiones ante un órgano judicial independiente, incluida la posibilidad de aumentar temores de devolución o de malos tratos en caso de devolución, en contra de lo dispuesto en el artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Convención contra la Tortura, o en caso de que se produzca una violación del artículo 8 del CEDH. La ley debería prever un plazo suficiente para que este recurso sea efectivo".

⁴² No es admisible juzgar este caso sin el prejuicio de la retrospectiva, como el propio Gobierno reconoce. El hecho de que el demandante regresara a la Guayana Francesa

núcleo familiar es efectivamente una de las causas más dañinas de angustia psicológica a las que se puede someter a un niño o joven.

El mero hecho de que el demandante tuviese 18 años en el momento de su expulsión no afecta la conclusión a la que se llegó. A los fines del derecho internacional, la infancia incluye el periodo de tiempo hasta la edad de 18 años.⁴³ Aunque el demandante no podía ser considerado un niño en el momento de su expulsión, el hecho de que apenas hubiese alcanzado la mayoría de edad y que había estado viviendo ininterrumpidamente con su núcleo familiar durante los últimos siete años no debe ser ignorado.⁴⁴

El demandante recibió una sentencia de prisión en suspenso, bajo la condición de que tuviese ciertas tareas y obligaciones durante un periodo de prueba de dos años. Este periodo de prueba todavía estaba vigente cuando el demandante fue expulsado, por lo que la orden de expulsión de las autoridades administrativas ignoró las condiciones de libertad condicional que los propios tribunales le habían impuesto al demandante.

Finalmente, aunque estaba indocumentado, el demandante era una miembro dependiente de una familia inmigrante documentada y

por sus propios medios y viviera ahora con su familia es irrelevante a efectos de la tramitación del presente asunto. Lo decisivo es la existencia o no, en el momento de su traslado, de un recurso efectivo contra la injerencia en el derecho del demandante al respeto de su vida privada.

⁴³ Véase el artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y los artículos 9 y 10, en los que se establece específicamente el derecho a no ser separado de su familia, a menos que un tribunal decida lo contrario.

⁴⁴ Además, la literatura científica ya ha establecido que la separación abrupta de un joven de su familia puede causar daños psicológicos irreversibles, duraderos y dolorosos, especialmente cuando esa separación física implica la ruptura de todos los lazos con el núcleo familiar (madre, padre y hermanos y hermanas). Separar a un hijo o hija joven de sus padres puede tener efectos profundamente negativos, como baja autoestima, desconfianza general en los demás, trastornos del estado de ánimo, incluyendo depresión y ansiedad, inmadurez socio moral y habilidades sociales inadecuadas (ver, por ejemplo, Caye, J., McMahon, J., Norris, T., y Rahija, L. (1996), "*Effects of separation and loss on attachment*", *Chapel Hill: School of Social Work, University of North Carolina at Chapel Hill*).

tenía legalmente el derecho a residir en la Guayana Francesa, derecho que sólo se le reconoció después de haber sido trasladado a Brasil.

La política de expulsión del Estado demandado en la Guayana Francesa

El Tribunal debe tener en consideración que este no es un caso único en la Guayana Francesa. Esto ocurre a diario. La policía y las autoridades administrativas tratan a todos los inmigrantes de la misma manera, independientemente de sus historias y necesidades personales.⁴⁵ No se hace distinción entre los casos urgentes en los que la expulsión puede conllevar un daño irreversible y los casos no urgentes en los que la expulsión no conlleva ese riesgo.

Es verdad que puede haber un control judicial de los errores cometidos por la policía y las autoridades administrativas, pero este control ocurre meses o incluso años después de que la persona haya sido expulsada. Esta política de *fait accompli* no provee a los inmigrantes ningún medio efectivo para remediar las violaciones de sus derechos humanos antes de su expulsión. Los inmigrantes están *de facto* a merced de la discreción sin restricciones de la policía y las autoridades administrativas. Esta situación no cambió con la reciente sentencia del *Conseil d'Etat* sobre la expulsión de un inmigrante de la Guayana Francesa. El Consejo decidió que existía una presunción de urgencia que justificaba la aplicación del artículo L. 521-1 del Código Administrativo de los Tribunales.⁴⁶ De acuerdo con esta regla del derecho administrativo ordinario, el *juge des référés* tiene el poder de suspender la ejecución de cualquier decisión administrativa cuando la urgencia así lo requiera y existe una seria duda sobre la legalidad de la decisión impugnada. Evidentemente, esta nueva jurisprudencia no

⁴⁵ Para la policía y las autoridades administrativas es irrelevante si la expulsión puede poner al migrante en peligro de tortura o malos tratos o daños a su familia y a su vida privada, como demuestra la práctica (véase el informe muy esclarecedor de las terceras partes y de las autoridades mencionadas en él).

⁴⁶ Véase la sentencia del Consejo de Estado de 9 de noviembre de 2011.

absuelve al Estado demandado en términos generales o en el presente caso. La razón es simple: la petición bajo el artículo L. 521-1 del Código Administrativo de los Tribunales no es suspensiva en sí, lo que significa que el recurso en cuestión no conlleva automáticamente la suspensión de la expulsión. La decisión de expulsión puede hacerse cumplir por la administración entre la presentación de la apelación y la decisión del juez sobre la suspensión de la orden de expulsión.⁴⁷ Por ello, la nueva jurisprudencia aún no satisface los requisitos establecidos por este Tribunal en el precedente *Conka* para prevenir violaciones potencialmente irreversibles de los derechos y libertades garantizados por la Convención. Debido a que incumbía al Gobierno probar que la legislación nacional cumplía con los requisitos establecidos en *Conka*, y no han cumplido esta tarea de manera satisfactoria, no puedo sino concluir que las deficiencias de la legislación nacional, tal como son aplicadas en la Guayana Francesa, no han sido superadas por la decisión del *Conseil d'Etat* del 9 de noviembre de 2011.

La supuesta situación “excepcional” de la Guayana Francesa

La específica situación geográfica de la Guayana Francesa no justifica este sistema de discreción administrativa y policial. El Estado

⁴⁷ ONU Doc. CAT/C/FRA/CO/3, 3 de abril de 2006, párrafo 7: "al Comité le preocupa que estos procedimientos no sean suspensivos, en el sentido de que "la decisión de denegar la entrada puede ser ejecutada de oficio por la administración" después de que se haya interpuesto el recurso pero antes de que el juez haya adoptado una decisión sobre la suspensión de la orden de expulsión (artículo 3). El Comité reitera su recomendación (A/53/44, párr. 145) de que una decisión de devolución (denegación de admisión) que entrañe una orden de expulsión pueda ser objeto de un recurso suspensivo que surta efecto en el momento en que se presente la apelación". La misma crítica se hizo en "*Note de l'association CIMADE à l'attention des rapporteurs*", presentada al Comité de Derechos Humanos durante su cuarto examen periódico de Francia, 93º período de sesiones, 7-25 de julio de 2008, pp. 12-14. A pesar de la sentencia del Consejo de Estado de 9 de noviembre de 2011, todavía no existe ningún recurso con efecto suspensivo automático contra la expulsión o el traslado de migrantes en la Guayana Francesa, como señalaron acertadamente las terceras partes GISTI, LDH y CIMADE en sus escritos ante el Tribunal.

demandado reiteró el argumento que hizo el *Conseil Constitutionnel* en su decisión No. 2003-467 del 13 de marzo de 2003, que se refiere a la particular situación y las perdurables dificultades del *département* de la Guayana Francesa (*la situation particulière et les difficultés durables du département de la Guyane*). Este argumento es similar al utilizado por Bélgica en *Čonka* y por la República Dominicana en el caso de la expulsión de inmigrantes haitianos.⁴⁸ Se basa en la imposibilidad práctica de sostener los derechos humanos. Cuando ningún otro argumento es válido, uno está tentado a recurrir al argumento de la fuerza de los hechos. Pero entonces el Estado de Derecho no prevalece sobre los hechos, sino que los hechos imponen la norma.

El argumento, inadmisibles por una cuestión de principios, es también inaceptable desde el punto de vista del régimen específico para situaciones de perturbaciones excepcionales del orden público o peligro público, previsto en el artículo 15 de la Convención. El Gobierno demandado no aplicó el artículo 15 a la Guayana Francesa. De hecho, ni siquiera sugirió que la situación de la Guayana Francesa era de una naturaleza tan excepcional que permitiera la aplicación del artículo 15. Sin embargo, si el Gobierno demandado quiere apartarse de los principios establecidos en la Convención en una parte de su territorio debido a que allí enfrenta una situación excepcional, la única manera de hacerlo es aplicando el artículo 15. En otras palabras, si el Gobierno demandado quiere apartarse del principio de otorgar un recurso suspensivo contra la expulsión de inmigrantes en el territorio de la Guayana Francesa, entonces tiene que cumplir con los estrictos requisitos del artículo 15 y justificar la naturaleza excepcional de las medidas tomadas bajo dicho artículo. Esto no lo ha hecho hasta la fecha.

⁴⁸ El argumento del representante de la República Dominicana ante la Corte Interamericana en el caso de la expulsión de migrantes haitianos fue que “el número de personas repatriadas no compensa ni remotamente el número de personas que entran ilegalmente en el país”.

En suma, no debería haber ninguna carta blanca para que los Estados puedan “evadir” una parte de su territorio de las obligaciones internacionales bajo la Convención. Si el Tribunal aceptara esta situación, estaría contradiciendo no sólo su propia jurisprudencia sino también los actuales estándares del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional migratorio, creando un vacío legal en un territorio donde la Convención debería aplicarse plenamente, y sin embargo no lo está siendo.

Conclusión

Nada en la Convención legitima la entrada y presencia ilegal de un inmigrante en un Estado miembro; nada restringe el derecho de un Estado de promulgar leyes y regulaciones sobre la entrada de inmigrantes y los términos y condiciones de su estancia o de establecer diferencias no discriminatorias entre nacionales e inmigrantes. Sin embargo, dichas leyes y regulaciones no deben ser incompatibles con las obligaciones legales internacionales de ese Estado, incluidas las relacionadas con los derechos humanos. Hoy en día, el derecho internacional de los derechos humanos prevalece sobre un entendimiento rígido del poder soberano absoluto del Estado-nación sobre su territorio.

A la luz de esto, los Estados miembro deben proporcionar a las masas “cansadas”, “pobres” y “hacinadas” que se encuentran ante la “puerta dorada”⁴⁹ de Europa un recurso automático de suspensión contra la expulsión y deportación o cualquier medida similar cuando ésta pueda supuestamente poner al inmigrante en riesgo de un daño irreversible a su derecho a la vida familiar. En vista de la falta de un recurso efectivo en la Guayana Francesa para evitar tal peligro,

⁴⁹ Las palabras citadas son las de Emma Lazarus, en su soneto “El nuevo coloso”, escrito en 1883 y grabado en el pedestal de la Estatua de la Libertad en 1903: “Dame a tus rendidos, a tus pobres, a tus masas hacinadas que anhelan respirar libertad, al desdichado desecho de tu orilla abarrotada. Envíenme a estos, los sin techo, arrójalos sobre mí como una tempestad, ¡yo alzaré mi antorcha ante la puerta dorada!”

considero que el Estado demandado violó el artículo 13 del Convenio, en relación con el artículo 8.