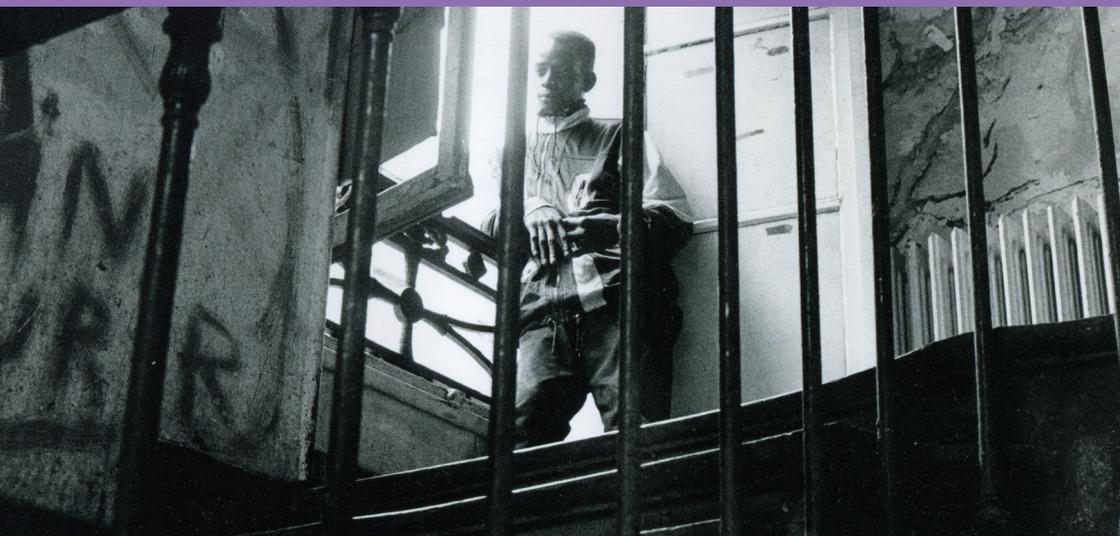


LA PROTECCIÓN DE LOS MIGRANTES EN EL MARCO DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA CARTA SOCIAL EUROPEA



Un manual
para profesionales del derecho
(2ª edición)

Yannis Ktistakis

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

LA PROTECCIÓN DE LOS MIGRANTES EN EL MARCO DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA CARTA SOCIAL EUROPEA

Un manual para
profesionales del derecho
(2ª edición)

Yannis Ktistakis

Edición en inglés :
*Protecting Migrants under the European Convention on
Human Rights and the European Social Charter
A handbook for legal practitioners
2nd edition*

*Las opiniones expresadas en el presente trabajo son
responsabilidad del autor y no reflejan necesariamente la
política oficial del Consejo de Europa.*

Todas las solicitudes relativas a la reproducción o traducción de todo o parte del documento deben dirigirse a la Dirección de Comunicación (F-67075 Estrasburgo Cedex o publishing@coe.int). Cualquier otra correspondencia relacionada con esta publicación debe dirigirse a la División de Implementación Nacional de los Derechos Humanos, Departamento de Política de Derechos Humanos y Cooperación, Dirección de Derechos Humanos, Dirección General de Derechos Humanos y Estado de Derecho.

El texto de la presente obra ha sido elaborado por el Consejo de Europa y utilizado bajo su autorización. La traducción realizada se publica tras un acuerdo con el Consejo de Europa, siendo de exclusiva responsabilidad del traductor.

Traducido del inglés al español por José Díaz Lafuente,
Doctor Internacional en Derecho y Ciencias Políticas,
Profesor de Derecho Constitucional de la Universitat
Jaume I de Castellón.

Diseño: Documents and Publications Production
Department (SPDP), Consejo de Europa
Foto: Yamina Heinrich

© Consejo de Europa, noviembre 2018,
Edición en español.

Impreso en el Consejo de Europa

Yannis Ktistakis es profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad Demócrata de Tracia (Komotini, Grecia) y profesor visitante en la Universidad Bogaziçi (Estambul, Turquía) y en la Universidad Nacional y de Kapodistrian (Atenas, Grecia). Anteriormente, trabajó como asesor jurídico para la Comisión Nacional Griega para los Derechos Humanos y para la Fundación Marangopoulos para los Derechos Humanos en Atenas. Sus áreas de investigación se centran en el estudio de la normativa europea y nacional relativa a los derechos humanos. Ha defendido más de 50 asuntos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Este manual ha sido actualizado por Evgenia Giakoumopoulou, Directora Ejecutiva del Centro de Defensa de las Normas del Consejo de Europa (ACCESS por sus siglas en inglés). Ha participado como asistente en la investigación y redacción de la primera edición del presente manual, y ha trabajado previamente en los Comités de Apelaciones para Refugiados del Servicio de Asilo en Atenas (Grecia), así como en la Oficina de Instituciones Europeas de Amnistía Internacional. Posee un Master en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Justicia Penal de la Universidad de Utrecht (Países Bajos).

Abreviaturas

Instrumentos jurídicos

CCT	Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes
CETFDPCM	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
CDF	Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CDPD	Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad
CEDH	Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Convenio de Derechos Humanos)
CSE	Carta Social Europea
CSE (r)	Carta Social Europea (revisada)
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
CIDR	Convención Internacional de la sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
CITM	Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos

Organismos internacionales

AGNU	Asamblea General de las Naciones Unidas de las Naciones Unidas
APCE	Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ONU Naciones Unidas
CEDH	Comisión Europea de Derechos Humanos
CEDS	Comité Europeo de Derechos Sociales
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CPT	Comité Europeo para la Prevención de la Tortura
DPNU	División de Población de las Naciones Unidas
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UE	Unión Europea

Sumario

Abreviaturas	5
Introducción	9
I. Las normas aplicables a los migrantes	13
a. Las normas internacionales de derechos humanos	13
b. Las normas del Consejo de Europa	14
c. Las normas relativas a la igualdad y a la no discriminación	15
II. Migrando a un Estado miembro del Consejo de Europa	17
a. Los controles de inmigración de conformidad con las normas reguladoras de los derechos humanos	17
b. La jurisdicción estatal	20
c. Los derechos de los migrantes durante el proceso de entrada y la acogida	22
d. El examen de las solicitudes de los solicitantes de asilo	23
III. La detención de los migrantes	25
a. Las restricciones a la libertad de movimiento equivalentes a la privación de libertad	26
b. Los derechos de los inmigrantes durante la detención administrativa	27
c. La duración y las condiciones de la detención	37
d. La detención de los menores y otros grupos vulnerables	44
e. El recurso judicial y la reparación	52
IV. Las condiciones de vida y los derechos económicos, sociales y culturales	57
a. La pobreza extrema y el respeto a la dignidad humana	59
b. El derecho a la vivienda	60
c. El derecho a la salud y a la asistencia social y médica	69
d. El derecho a la educación	76
e. El derecho al trabajo y a la protección de los trabajadores migrantes	80
V. El derecho a la reagrupación familiar	93
a. Las normas europeas relativas a la reagrupación familiar	93
b. El concepto de familia	99

VI. La expulsión de los migrantes	103
a. Los derechos sustantivos de los migrantes	104
b. Los derechos procesales de los migrantes	128
c. Las expulsiones colectivas	137
d. El retorno voluntario	140
VII. Las demandas presentadas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos	141
a. Cuándo pueden presentar una demanda los migrantes?	142
b. ¿Pueden los migrantes solicitar medidas cautelares?	150
VIII. Las reclamaciones colectivas ante el Comité Europeo de Derechos Sociales	155
a. ¿Quiénes están legitimados para interponer una reclamación colectiva?	156
b. Los criterios de admisibilidad	156
c. Las ventajas y los inconvenientes	157
Referencias bibliográficas	159
Índice de asuntos	163
Tabla de convenciones y otros instrumentos jurídicos	173

Introducción

La migración en Europa es un fenómeno tan extenso como antiguo que, en los últimos tiempos, se ha acelerado en velocidad y en magnitud. Aunque el Convenio Europeo de Derechos Humanos no mencione explícitamente a los migrantes¹, éstos, como todo ser humano, gozan de derecho a la protección de los derechos humanos. Los migrantes son personas que se trasladan de su país de residencia habitual o nacionalidad a otro país. Un migrante puede desplazarse por razones económicas o educativas, para huir de los desastres naturales causados por el cambio climático o para escapar de la persecución, de abusos contra sus derechos humanos, de amenazas contra su vida o a su integridad física, de la guerra o de las revueltas civiles. Por lo general, los términos «migrantes» y «extranjeros» son utilizados como sinónimos, pero hay una sutil diferencia: un extranjero es «aquel individuo que no es nacional del Estado en el que está presente» (AGNU 1985, Artículo 1).

La razón de su desplazamiento está directamente relacionada con su protección jurídica internacional. Si huyen de su país para escapar de una persecución en el sentido del artículo 1.A de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (Convención de Ginebra), se les denomina solicitantes de asilo o refugiados y tienen derecho a una protección especial - ampliada - garantizada por la citada Convención internacional, ratificada por 145 estados hasta el momento (abril de 2015). Sin embargo, si salen de su país por cualquier otro motivo, se les define como migrantes y no disfrutan de dicha protección especial, sino de otra de naturaleza general, de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En 2015, se estimó que el número total de migrantes internacionales ascendió a 244 millones de personas, el 3,3% de la población mundial (Informe de las Naciones Unidas sobre las Migraciones Internacionales de 2015, p. 21). Casi el 90% de esta cifra queda conformada por migrantes económicos activos y sus familiares, y solo alrededor del 8% son refugiados o solicitantes de asilo (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 2015).

1. El artículo 16 del CEDH y los Protocolos 4 y 7 del CEDH sí mencionan explícitamente a los “extranjeros”.

Hay tres categorías principales de migrantes:

- ▶ migrantes regulares,
- ▶ migrantes indocumentados y
- ▶ otros migrantes necesitados de protección.

Los migrantes regulares son aquellas personas que entran en un país distinto al de su residencia habitual o al de su nacionalidad, después de haber obtenido autorización de entrada desde el país de destino.

Los migrantes indocumentados son aquellas personas que carecen de un permiso de residencia que les autorice a permanecer en el país de destino. Han entrado de forma ilegal o con un permiso de entrada que ya ha caducado. Cabe señalar que la Asamblea General de las Naciones Unidas ha defendido, de un tiempo a esta parte, que: el uso del término «indocumentado o irregular» en oposición al de «ilegal» (AGNU 1975, párrafo 2º) porque solo un acto puede ser ilegal mientras que una persona nunca puede ser «ilegal».

Por último, hay otras categorías de migrantes, como los apátridas, las víctimas de trata, los menores no acompañados y los solicitantes de asilo cuya solicitud no ha sido aceptada, que también están buscando protección en virtud del Derecho Internacional.

Sin embargo, las distinciones anteriores no son estrictas ni invariables: un migrante puede clasificarse en dos categorías al mismo tiempo (por ejemplo, un solicitante de asilo también puede ser víctima de trata) o cambiar de una categoría a otra (un migrante indocumentado en un país A que también es solicitante de asilo en otro país B).

El continente europeo se ha enfrentado en los últimos años a un aumento sin precedentes de los flujos migratorios mixtos a lo largo del Mediterráneo, lo que ha llevado a la llamada «crisis de refugiados», que ha provocado que, solo en el año 2015, casi un millón de personas llegaran a las costas europeas en busca de asilo. La gran mayoría de los refugiados huyen de Siria, y si bien su éxodo comenzó al inicio del conflicto en 2011, los flujos han ido creciendo exponencialmente, alcanzando un total registrado de 4,8 millones de refugiados sirios en marzo de 2016. Lamentablemente, el aumento de las travesías irregulares por el Mediterráneo, en Italia y Grecia, se ha correlacionado con un aumento del número de muertes en el mar. Según las cifras del ACNUR del año 2016, se estima que 241,263 refugiados y migrantes llegaron por mar a Europa (hasta el 18 de julio), mientras que se calcula que 2.951 murieron o desaparecieron en el mar durante el mismo

período de tiempo. Debe señalarse, además, que el ACNUR ha declarado que hasta el 70% de las personas que están llegando pueden ser consideradas refugiadas y calificadas como sujetos de protección internacional en virtud de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.

Y, aun así, tal como ha afirmado el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, Nils Muižnieks, la crisis actual ha «provocado una respuesta caótica»². De hecho, en 2016, muchos Estados europeos tomaron medidas unilaterales y nacionales en sus políticas fronterizas y de asilo en un intento de limitar la afluencia de refugiados, reduciendo los presuntos factores de fomento de la migración.

En este contexto, solo una respuesta europea común basada en el respeto de los derechos fundamentales y de la dignidad humana, así como en la solidaridad y en la responsabilidad compartida, puede aportar una solución necesitada con urgencia. Esta presión ha instado al Consejo de Europa, la principal organización de derechos humanos del continente, a actuar de manera decisiva para la protección de las personas migrantes. En particular, esta situación ha llevado al Secretario General del Consejo de Europa a prestar apoyo a los 47 Estados miembros del Consejo de Europa en relación con el trato a los migrantes y a los solicitantes de asilo, incluso en lo que respecta a su recepción y condiciones de vida temporales, para garantizar el respeto de sus derechos humanos. En esta línea, en enero de 2016, nombró al Representante Especial del Secretario General sobre Migraciones y Refugiados.

Aunque el ordenamiento jurídico europeo ofrece un elevado nivel de protección de los derechos humanos, después de haber adoptado, a lo largo de décadas, una serie de instrumentos pertinentes y de haber desarrollado mecanismos jurídicos efectivos, las dos organizaciones europeas han aplicado, y siguen haciéndolo, todas las fuentes normativas, como resoluciones y recomendaciones, previstas en sus respectivos ordenamientos. En muchas ocasiones, el Derecho Internacional, tanto el convencional como el consuetudinario, no resulta invocado necesariamente ante los tribunales nacionales europeos, porque el Derecho secundario de ambas organizaciones internacionales (reglamentos, directivas, resoluciones y recomendaciones) ya ha implicado la integración de la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, independientemente de su condición migratoria, en la legislación nacional, como:

2. Artículo de opinión, The New York Times, 14 de marzo de 2016.

- ▶ el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la persona, el derecho a no ser arrestado o detenido arbitrariamente, y el derecho a solicitar y disfrutar del asilo en caso de persecución;
- ▶ el derecho a no ser discriminado por motivos de raza, sexo, idioma, religión, origen nacional o social o cualquier otra condición;
- ▶ el derecho a la protección contra el abuso y la explotación, el derecho a no ser objeto de esclavitud ni de servidumbre involuntaria, y el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes;
- ▶ el derecho a un proceso equitativo y a la reparación jurídica
- ▶ el derecho a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, incluidos los derechos a la salud, a un nivel de vida adecuado, a la seguridad social, a una vivienda digna, a la educación y a unas condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (para la lista de derechos, véase Grupo Global sobre Migración, 2010).

Este manual persigue ser una herramienta para los profesionales del derecho (abogados, jueces, funcionarios públicos, defensores de los derechos humanos) que ayude a comprender mejor el marco normativo europeo de los derechos humanos de los migrantes y los medios para reivindicar su respeto y su aplicación tanto a nivel nacional como internacional.

El presente manual se centra en las normas del Consejo de Europa relativas a los migrantes, que conciernen a los 47 Estados miembros de la Organización.

I. Las normas aplicables a los migrantes

Las normas internacionales de derechos humanos aplicables a los migrantes se pueden encontrar en una variedad de instrumentos jurídicos. Incluyen tanto tratados generales, que establecen derechos humanos fundamentales, como textos más especializados que abordan un tema específico relevante para la migración, como la no discriminación, o una categoría determinada de personas, como los trabajadores migrantes. Los derechos de los migrantes han sido reconocidos y desarrollados tanto a nivel internacional como regional.

a. Las normas internacionales de derechos humanos

A nivel global, los migrantes, como cualquier ser humano, disfrutan de los derechos garantizados por el PIDCP³ y el PIDESC⁴, y están protegidos por las disposiciones del CDN⁵ y sus protocolos, CCT⁶ y CDEF.⁷

Además, existen instrumentos jurídicos internacionales que abordan específicamente los derechos de los migrantes, especialmente el CPDTM⁸ y el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.⁹

-
3. AGNU, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
 4. AGNU, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
 5. AGNU, Convención sobre los Derechos del Niño.
 6. AGNU, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.
 7. AGNU, Convención Internacional para la protección de Todas las Personas contra Desapariciones Forzadas.
 8. AGNU, Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.
 9. AGNU, Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

b. Las normas del Consejo de Europa

Del mismo modo, entre los instrumentos del Consejo de Europa se incluyen fuentes jurídicas generales y otras de carácter más específico. Los extranjeros que se encuentren en el territorio o bajo la jurisdicción de un Estado Parte gozarán de la protección de los derechos establecidos por el CEDH.¹⁰ Además, los nacionales de otras Partes contratantes, y en algunos casos todos los migrantes, pueden estar sujetos al ámbito de aplicación de las disposiciones de la CSE (r).¹¹ Las disposiciones pertinentes serán analizadas a continuación, en los capítulos y apartados correspondientes.

El principio de no discriminación está consagrado en el art. 2.1 de la DUDH, en los arts. 2.1 y 26 del PIDCP, en el art. 2.2 del PIDESC, en el art. 1 de la CIDR, en el art. 1 de la CETFDPCM; en el art. 2.1 de la CDN, en el art.1.1 de la CITM, en el art. 4 de la CDF, en el art. 14 del CEDH, en el artículo 1 del Protocolo n.º 12 del CEDH, en el art. E de la CSE (r) y en el artículo 21 Carta de la UE.

Además, el Consejo de Europa ha adoptado el Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante¹² y otros convenios que también son relevantes para los migrantes, como el Convenio sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos¹³, el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes¹⁴, el Convenio Europeo de Extradición¹⁵, el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo¹⁶, el Código Europeo de Seguridad Social¹⁷ y el Convenio del Consejo de Europa

10. Consejo de Europa, Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.
11. Consejo de Europa, Carta Social Europea (revisada).
12. Este Convenio se ocupa de los principales aspectos de la situación jurídica de los trabajadores migrantes, en particular de cuestiones como la contratación, los exámenes médicos, las pruebas de selección, los viajes, los permisos de residencia, los permisos de trabajo, la reagrupación familiar, las condiciones de trabajo, las transferencias de los ahorros y la seguridad social, la asistencia social y médica, el vencimiento de los contratos de trabajo, el despido y la readmisión. Se creó, al efecto, un Comité Consultivo para examinar los informes de las Partes sobre la aplicación del Convenio. Basándose en estos documentos, el Comité Consultivo elabora unos informes dirigidos al Comité de Ministros.
13. Consejo de Europa, Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos.
14. Consejo de Europa, Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes.
15. Consejo de Europa, Convenio Europeo de Extradición.
16. Consejo de Europa, Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo.
17. Consejo de Europa, Código Europeo de Seguridad Social.

sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul) .¹⁸

Del mismo modo, cabe señalar que el Comité de Ministros y la APCE también han emitido un número importante de recomendaciones y de resoluciones relativas a los migrantes, algunas de las cuales serán posteriormente citadas, en los apartados correspondientes¹⁹.

c. Las normas relativas a la igualdad y a la no discriminación

Las normas en materia de igualdad y de no discriminación pueden ser de particular importancia tanto para algunos como para todos los migrantes, dependiendo del grupo o de la categoría de personas a las que las disposiciones pretendan proteger. Por esta razón, este tipo de disposiciones son presentadas por separado.

La legitimidad de disfrutar de los derechos humanos en igualdad de condiciones y sin discriminación ha sido reconocida, tanto a nivel universal como europeo, para todos los seres humanos. Está ampliamente aceptado el hecho de que las personas no deben ser discriminadas por motivos de raza, color, sexo, orientación sexual, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, propiedad, nacimiento u otra condición.

Este principio queda consagrado especialmente por los artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 14 del CEDH, el artículo 1 del Protocolo núm. 12 del CEDH, el artículo E de la CSE(r), el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4.3 de la Convención de Estambul. Cabe señalar que, de acuerdo con el Derecho de la UE, el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE reconoce expresamente a otros motivos adicionales como el «origen étnico», las «características genéticas», la «discapacidad», la «edad» y la «orientación sexual».²⁰ En relación con la discriminación, el TEDH ha interpretado el significado de los términos «otra condición» del artículo 14 del TEDH,

18. Consejo de Europa, Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

19. Pueden consultarse las recomendaciones y las resoluciones del Comité de Ministros y del PACE en la página web del Consejo de Europa, en www.coe.int/en/web/cm/documents y http://website-pace.net/en_GB/web/apce/documents, respectivamente.

20. UE, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DOUE C 364, 18 de diciembre de 2000, págs. 1-22.

extendiendo la protección a una serie de motivos implícitos tales como la edad, la discapacidad, la situación económica y social, el estado de salud, el estado civil, la nacionalidad, la orientación sexual y la identidad de género.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, de 21 de diciembre de 1999 (discriminación en relación con la custodia de los hijos basada en la orientación sexual);
- ▶ STEDH, *Thlimmenos c. Grecia*, de 6 de abril de 2000 (discriminación laboral sobre la base de una condena penal previa que consistía en desobedecer, debido a sus creencias religiosas como testigo de Jehová, la orden de llevar uniforme militar);
- ▶ STEDH, *Sidabras y Dziutas c. Lituania*, de 27 de julio de 2004 (discriminación laboral basada en el hecho de que los demandantes habían trabajado anteriormente para la KGB);
- ▶ STEDH, *E.B. c. Francia (GS)*, de 22 de enero de 2008 (discriminación en relación con la adopción de niños basada en la orientación sexual);
- ▶ STEDH, *Fawsie c. Greece y Saoudin c. Grecia*, de 28 de octubre de 2010 (discriminación por nacionalidad en la asignación pagada a las madres de familias numerosas, reconocidas oficialmente como refugiadas políticas, por nacionalidad);
- ▶ STEDH, *Vrountou c. Chipre*, de 13 de octubre de 2015 (discriminación por razón de sexo en la concesión de una tarjeta de refugiado, que implicó la denegación de una serie de prestaciones, incluida la asistencia a la vivienda, sobre la base de que había sido hija de una mujer desplazada en lugar de un hombre desplazado).

Además, cuando pertenecen a una de las categorías específicas, los migrantes disfrutan de los derechos garantizados por la Convención de Estambul y por la CEFDM²¹, la CEDR²² y la CDPD.²³

21. UNGA, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

22. UNGA, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

23. UNGA, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

II. Migrando a un Estado miembro del Consejo de Europa

a. Los controles de inmigración de conformidad con las normas reguladoras de los derechos humanos

El derecho a la libertad de circulación está garantizado en virtud del artículo 2 del Protocolo núm. 4 del CEDH, que en su segundo párrafo establece que «toda persona podrá salir de cualquier país, incluido el suyo». Además, el artículo 18.4 de la CSE (r) garantiza el derecho de los nacionales a salir de su país para «ejercer una actividad lucrativa en el territorio de las demás Partes». Sin embargo, como principio general, ni el CEDH (ni la CSE (r)) garantizan el derecho de un extranjero a entrar y permanecer en el territorio de un Estado miembro. Del mismo modo, tampoco garantizan el derecho de asilo.

Ejemplos:

- ▶ STEDH, *Vilvarajah y otros c. Reino Unido*, de 30 de octubre de 1991, párrafo 102: «Además, debe señalarse que el derecho al asilo político no está contenido ni en el Convenio ni en sus Protocolos. Esto se ve confirmado por varias recomendaciones de la Asamblea del Consejo de Europa sobre el derecho de asilo (véanse la Recomendación 293 (1961), Textos Aprobados, 30ª Sesión Ordinaria, 21-28 de septiembre de 1961, y la Recomendación 434 (1965), Anuario del Convenio, Vol. 8, pp. 56-57 [1965]), así como por una resolución y una declaración posterior del Comité de Ministros (véase la Resolución 67 (14), Anuario del Convenio, Vol. 10, pp. 104- 105 [1967], y la Declaración sobre el asilo territorial, adoptada el 18 de noviembre de 1977, Textos Recopilados, edición de 1987, página 202) «;
- ▶ STEDH, *Chahal c. Reino Unido* (GS), de 15 de noviembre de 1996, párrafo 73.

Sin embargo, al ejercer el control de sus fronteras, los Estados miembros deben actuar de conformidad con las disposiciones del CEDH. En el asunto *Asiáticos de África oriental c. Reino Unido*²⁴, el Tribunal consideró que la discriminación racial en el control migratorio era incompatible con el CEDH. El Tribunal estimó que el Reino Unido se había excedido en sus facultades y había violado el CEDH al someter a los residentes de origen asiático de las colonias del este de África a un control migratorio, a pesar de ser ciudadanos del Reino Unido. La antigua Comisión Europea de Derechos Humanos consideró que este tratamiento diferencial de un grupo de personas basado en la «raza» no se ajustaba al principio de la dignidad humana y constituía un trato degradante contrario al artículo 3 del CEDH. Este enfoque ha sido confirmado por el TEDH en el caso interestatal *Chipre c. Turquía*.²⁵

Además, en determinados casos específicos, el TEDH puede exigir a los Estados miembros que permitan la entrada o la permanencia de un migrante cuando un migrante cumpla con los criterios para la protección de su vida (artículo 2 del CEDH) o de su integridad física (artículo 3 ECHR), o cuando la deportación o extradición de un extranjero que tenga fuertes vínculos familiares en el país en cuestión pudiera violar el derecho al respeto de su vida familiar (artículo 8 del CEDH).²⁶

Ejemplos:

- ▶ STEDH *D. c. Reino Unido*, de 2 de mayo de 1997 (el demandante sufre los estados avanzados de la enfermedad terminal VIH/SIDA. Expulsión al país de origen, conocido por su falta de instalaciones médicas y el tratamiento apropiado en tales casos, y en donde no tendría familia o amigos para ser cuidado, equivaldría a un trato inhumano prohibido por el artículo 3. El TEDH subrayó las circunstancias muy excepcionales del caso y las consideraciones humanitarias apremiantes en juego);
- ▶ STEDH *Moustaquim c. Bélgica*, de 18 de febrero de 1991, apartado 43: «El Tribunal no subestima de ninguna manera la preocupación de los Estados contratantes de mantener el orden público, en particular en el ejercicio de su facultad, como una cuestión de Derecho internacional bien establecido y sujeto a sus obligaciones contractuales, para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros.

24. Comisión Europea de Derechos Humanos, *Asiáticos de África Oriental contra Reino Unido*, Demandas Núms. 4403/70-4419/70, Informes de 14 de diciembre de 1973.

25. STEDH *Chipre c. Turquía* (GS), de 10 de mayo de 2001, párrafos 306-11.

26. Véase el Capítulo VI (a) (iii) de este manual («El principio de no devolución en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos»).

Sin embargo, en los casos en que las decisiones pertinentes constituyan una intromisión en los derechos protegidos por el párrafo 1º del artículo 8, los Estados deben demostrar que son «necesarias en una sociedad democrática», es decir, justificarlas por la existencia de una necesidad social acuciante y, en particular, proporcional al objetivo legítimo perseguido».

Además, de conformidad con el artículo 39 de su Reglamento («Medidas provisionales»), el TEDH tiene la competencia de solicitar a los Estados miembros que suspendan una medida administrativa y/o judicial sobre el control de la inmigración hasta que se adopte una decisión definitiva. Según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, las medidas cautelares son jurídicamente vinculantes y se otorgan predominantemente en los casos de expulsión y extradición a fin de evitar la expulsión del migrante/solicitante a un país donde pueda estar expuesto a un riesgo inminente de sufrir daños irreparables en relación con los artículos 2 o 3 del CEDH y, excepcionalmente, con el artículo 8 del CEDH. Los Estados tienen el deber de cumplir con las medidas provisionales que se les señalen. De lo contrario, se estaría obstaculizando el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 34 del CEDH a la interposición de una demanda individual.

En el *caso de Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, el Tribunal especificó que «las medidas provisionales son de aplicación solo para determinados ámbitos. Aunque se reciba una serie de solicitudes de medidas provisionales, en la práctica el Tribunal solo aplica el artículo 39 si existe un riesgo inminente de daño irreparable. Si bien no esté prevista ninguna disposición específica en el Convenio relativa a los ámbitos en los que se aplicará el artículo 39, las solicitudes para su aplicación generalmente se refieren al derecho a la vida (artículo 2), al derecho a no ser sometido a tortura ni a tratos inhumanos (artículo 3) y, excepcionalmente, al derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 8) o a otros derechos garantizados por el Convenio. La gran mayoría de los casos en que se han adoptado medidas provisionales se refieren a procedimientos de deportación y extradición»²⁷.

Ejemplos:

Riesgo de persecución por razones políticas, étnicas o religiosas:

- ▶ STEDH *F.H. c. Suecia*, de 20 de enero de 2009
- ▶ STEDH *Y.P. y L.P. c. Francia*, de 1 de septiembre de 2010

27. STEDH *Mamatkulov y Askarov c. Turquía* (GS), de 4 de febrero de 2005, párrafo 104.

- ▶ STEDH *W.H. c. Suecia*, de 8 de abril de 2015 (GS)

Riesgo de malos tratos relacionados con la orientación sexual:

- ▶ STEDH *M.E. c. Suecia (GS)*, de 8 de abril de 2015

Riesgo de ser sometido a mutilación genital:

- ▶ TEDH *Abraham Lunguli c. Suecia*, de 1 de julio de 2003 (Decisión de archivo de actuaciones)

Casos de expulsión con cuestiones médicas o relativas a la salud:

- ▶ STEDH *D. c. Reino Unido*, de 2 de mayo de 1997

b. La jurisdicción estatal

De acuerdo con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los Estados tienen la obligación de reconocer, garantizar y proteger los derechos humanos de todas las personas que se encuentren dentro de su jurisdicción, independientemente de su nacionalidad.

Los Estados deben, por lo tanto, proteger los derechos de los migrantes sujetos a su jurisdicción. Se considera que un migrante ha entrado en el Estado cuando se encuentren en su territorio y cuando, por ejemplo, el extranjero se encuentre en la zona internacional de un aeropuerto.

La obligación de proteger a todas las personas que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado está reconocida por el art. 2.1 del PIDCP, el art. 2.1 de la CDN, el art. 7 del CITM y el art. 1 del CEDH.

Ejemplo:

- ▶ STEDH *Amuur c. Francia*, de 25 de junio de 1996, párrafos 52-53 (un grupo de solicitantes de asilo somalíes fueron retenidos durante 20 días en la zona de tránsito internacional del aeropuerto de París-Orly. El TEDH estimó que «a pesar de su nombre, la zona internacional no tiene estatuto extraterritorial.» El TEDH consideró que se había violado el artículo 5 del CEDH, sosteniendo que las normas jurídicas francesas vigentes en ese momento, tal como fueron aplicadas en el presente caso, no garantizaban suficientemente el derecho a la libertad de los demandantes).

Además, el TEDH ha reconocido que la responsabilidad de los Estados se extiende y se aplica también a aquellas zonas extraterritoriales donde se ejerza un control efectivo, pudiéndose incluir las aguas internacionales. Cuando un buque sea interceptado, incluso en alta mar, el control efectivo

ejercido sobre el navío y todas las personas a bordo conlleva un deber para los agentes del Estado de respetar y proteger los derechos de los migrantes a bordo, lo que significa que las llamadas “expulsiones en el mar” constituyen una violación del CEDH.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Issa y otros c. Turquía*, de 16 de noviembre de 2004 (los demandantes eran ciudadanos iraquíes que alegaron malos tratos y el asesinato de sus familiares por parte del ejército turco en el norte de Iraq). El TEDH no estimó que Turquía estuviese ejerciendo un control general efectivo de toda el área del norte de Iraq y, en consecuencia, no apreció que los parientes de los demandantes estuvieran dentro de la «jurisdicción» del Estado demandado a los efectos del artículo 1 del CEDH);
- ▶ STEDH *Medvedyev y otros c. Francia* (GS), de 29 de marzo de 2010, párrafos 62-67 (los demandantes fueron privados de su libertad entre el embarque y su llegada a Brest. El TEDH estimó que hubo una violación del artículo 5.1, considerando que la detención fue ilegal, por falta de una base jurídica relativa al requisito de calidad exigida para satisfacer el principio general de seguridad jurídica);
- ▶ STEDH *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* (GS), 23 de febrero de 2012 (el asunto concernió a unos migrantes somalíes y eritreos que viajando desde Libia fueron interceptados en el mar por las autoridades italianas y enviados de regreso a Libia.) El TEDH estimó que tales actuaciones constituían expulsiones colectivas y sostuvo que se habían producido dos violaciones del artículo 3 del CEDH, dado que los demandantes habían estado expuestos al riesgo de malos tratos en Libia y a la repatriación a Somalia o Eritrea, así como una violación del artículo 4 del Protocolo n.º. 4 del CEDH y una violación del artículo 13 en relación con los artículos 3 y 4 del Protocolo n.º. 4 del CEDH).

Además, los migrantes que deseen entrar a un Estado miembro del Consejo de Europa deben estar protegidos frente a la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, propiedad, nacimiento u otra condición. En consecuencia, no debería existir tal discriminación en los procesos de control de la inmigración ni en la decisión de permitir la entrada. Todos los ciudadanos de un tercer Estado que accedan al territorio de un Estado miembro del Consejo de Europa, o a cualquier territorio objeto de su jurisdicción, deben poder obtener protección internacional en el Estado en cuestión, independientemente de sus regímenes de visado.

Ejemplo:

- ▶ STEDH *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido* (Pleno), de 24 de mayo de 1985, párrafos 74-83 (las demandantes, ciudadanas de terceros Estados, alegaron que a sus maridos se les había negado el permiso para permanecer con ellas o de reagrupación familiar en el Reino Unido. El TEDH concluyó que las demandantes habían sido víctimas de discriminación por razón de sexo, vulnerándose el artículo 14, apreciado junto con el artículo 8, dado que, de conformidad con la legislación nacional, era más accesible para un hombre residente en el Reino Unido que para una mujer, residente en las mismas condiciones, obtener el permiso para que su cónyuge extranjero ingresase o permaneciese en el país para residir en él.)

c. Los derechos de los migrantes durante el proceso de entrada y la acogida

De acuerdo con lo dispuesto previamente, los Estados tienen la obligación de proteger a todos los seres humanos que se encuentren bajo su jurisdicción contra las violaciones de sus derechos tanto si son perpetradas por terceras personas como por sus autoridades nacionales, incluyéndose tanto el proceso de entrada como la acogida de extranjeros. Por lo tanto, los Estados deben garantizar que los extranjeros no sean privados arbitrariamente de su vida (artículo 2 del CEDH) o que no sean objeto de malos tratos físicos o psíquicos que impliquen tortura o tratos o penas inhumanos o degradantes (artículo 3 del CEDH). En consecuencia, en el proceso de entrada, los extranjeros deben estar protegidos contra un uso excesivo de la fuerza o contra los cacheos y registros corporales inapropiados e innecesarios.

Ejemplo:

- ▶ STEDH *Solomou y otros c. Turquía*, de 24 de junio de 2008 (sobre la prohibición de la privación arbitraria de la vida por una autoridad nacional).

Además, cuando los extranjeros se encuentren reclusos en centros de recepción y privados de libertad para fines de control de la inmigración, se les deben garantizar unas condiciones adecuadas y el acceso a unas prestaciones sanitarias y de alimentación adecuadas.²⁸ También tienen derecho

28. Véase el Capítulo III (c) (ii) del Manual (“Las condiciones de la detención”).

a estar protegidos contra la discriminación, protección que es aplicable en todo momento, incluso durante la entrada y la acogida de migrantes.²⁹

Sin embargo, el TEDH ha sostenido que el artículo 6.1 del CEDH (derecho a un proceso equitativo) no se aplica a los procedimientos que regulan la ciudadanía de una persona y/o la entrada, la estancia y la deportación de extranjeros, ya que dichos procedimientos no implican la «determinación de su derechos y obligaciones civiles ni la imputación de ninguna infracción penal en su contra» en el sentido del citado artículo del CEDH.

Ejemplo:

- ▶ STEDH *G.R. c. los Países Bajos*, de 10 de enero de 2012, párrafo 48: «El artículo 6 no es aplicable a los procedimientos relativos a la legalidad de la residencia de un extranjero, que pertenecen exclusivamente al ámbito del Derecho Público. Del mismo modo, el hecho de que dichos procedimientos tengan repercusiones importantes en la vida privada y familiar o en las perspectivas de empleo de la persona interesada no constituye razón suficiente para incluir tales procedimientos dentro del alcance de los derechos civiles protegidos por el artículo 6.1 del Convenio».

d. El examen de las solicitudes de los solicitantes de asilo

Además del derecho fundamental a la no discriminación, los órganos del Consejo de Europa han reconocido una serie de medidas de naturaleza procesal para proteger a los solicitantes de asilo, con el fin de garantizar que el proceso sea equitativo y que el examen sea objetivo y llevado a cabo de forma individualizada. El objetivo de tales salvaguardias persigue evitar la violación del derecho a la no devolución.³⁰ En consecuencia, en sus «Directrices sobre la protección de los derechos humanos en el contexto de los procedimientos acelerados de asilo»³¹, el Comité de Ministros ha establecido una lista de los derechos sustantivos y una serie de las garantías procesales destinadas a salvaguardar el respeto de estas normas en los denominados procedimientos acelerados. Por ejemplo, las Directrices prevén el derecho a la información relativa a las fases del procedimiento que deben seguirse (Directriz IV.1.c), pero también regulan el derecho al asesoramiento jurídico, a

29. Véase el Capítulo I (c) del Manual (“Las normas relativas a la igualdad y a la no discriminación”).

30. Véase el Capítulo VI (a) del Manual (“Los derechos sustantivos de los migrantes”).

31. Comité de Ministros 2009.

la traducción y a que las entrevistas sean realizadas por personal cualificado (Directrices IV, VIII y IX).

El TEDH también ha estimado que, para proteger a los solicitantes de asilo de las expulsiones arbitrarias y para que sean examinadas seriamente sus solicitudes, se les debe proporcionar la información suficiente sobre aquellos procedimientos a seguir y sobre sus derechos en un idioma que entiendan y, del mismo modo, se les debe garantizar el acceso a un sistema de comunicación con las autoridades. Cuando sea necesario, se les debe proporcionar un intérprete durante las entrevistas, que deben ser llevadas a cabo por un personal capacitado y mediante la debida asistencia jurídica. Además, el TEDH ha advertido contra aquellos procedimientos excesivamente largos y contra las dilaciones en la comunicación de la decisión adoptada. Finalmente, los solicitantes de asilo tienen derecho a un recurso efectivo y se les debe dar la posibilidad de recurrir la decisión adoptada. Con este fin, se les debe indicar los motivos de tal decisión.

Ejemplo:

- ▶ STEDH *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* (GS), 21 de enero de 2011, párrafos 300-02.

III. La detención de los migrantes

Las personas migrantes pueden ser privadas de su libertad por diversos motivos y en diferentes etapas del proceso migratorio. Por lo tanto, la detención de los migrantes puede tener lugar cuando a una persona se le niega la entrada al país en cuestión, cuando una persona ha ingresado al país de forma irregular y, posteriormente, ha sido identificada por las autoridades, cuando la autorización de una persona para permanecer en el país ha expirado o cuando la detención de solicitantes de asilo es considerada “necesaria” por parte de las autoridades de asilo.³² Según el artículo 5.1 (f) del CEDH:

Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:

- ▶ Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente;
- ▶ Si ha sido detenido o privado de libertad, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley;
- ▶ Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido;
- ▶ Si se trata de la privación de libertad de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente;
- ▶ Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo;

32. CPT 2011, p.64.

- ▶ Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

a. Las restricciones a la libertad de movimiento equivalentes a la privación de libertad

El TEDH ha reconocido que ciertas medidas que impliquen restricciones a la libertad de un extranjero o a su libertad de movimiento pueden ser necesarias y no siempre equivaldrán a la privación de libertad.

Factores pertinentes en la evaluación sobre si las restricciones a la libertad equivalen a la privación de libertad (STEDH *Engel y otros c. Los Países Bajos*, de 8 de junio de 1976, párrafo 59): «se deben tener en cuenta una amplia gama de factores tales como la naturaleza, la duración, los efectos y la forma de la ejecución de la pena o medida en cuestión».

Este es el caso, por ejemplo, de los llamados centros de recepción o de acogida, o de los puntos de entrada a un país, como las zonas internacionales de los aeropuertos. Sin embargo, en ambos ejemplos, el TEDH ha estimado que, dependiendo de la intensidad, la duración, la naturaleza o la acumulación de las restricciones impuestas, sí podrían equivaler a un supuesto de privación de libertad.

Ejemplos:

- ▶ STEDH, *Guzzardi c. Italia* (Pleno), de 6 de noviembre de 1980, párrafos 92-93: «... para determinar si alguien ha sido ‘privado de su libertad’ en el sentido del artículo 5, el punto de partida debe ser su situación concreta, debiéndose apreciar una amplia gama de criterios como el tipo, la duración, los efectos y la forma de aplicación de la medida en cuestión. La diferencia entre la privación y la restricción de la libertad no es más que una diferencia de grado o intensidad, y no una de naturaleza o ámbito. Aunque el proceso de clasificación en una u otra de estas categorías a veces no resulta una tarea fácil, ya que algunos casos limítrofes están basados en la mera opinión, el Tribunal no puede evitar hacer una selección sobre la cual depende la aplicabilidad o inaplicabilidad del Artículo 5.»;
- ▶ STEDH, *Amuur c. Francia*, de 25 de junio de 1996, párrafo 45 (el TEDH concluyó que el confinamiento de extranjeros en centros de detención

en zonas internacionales de un aeropuerto, bajo estricta vigilancia policial y durante 20 días, equivalía a un supuesto de privación de libertad);

- ▶ STEDH, *Abdolkhani y Karimnia c. Turquía*, de 22 de septiembre de 2009, párrafo 127 (los demandantes no podían abandonar libremente la sede de la policía ni el Centro de Admisión y Acogida de Extranjeros. Además, solo podían citarse con un abogado si éste presentaba ante las autoridades un poder notarial y estando, además, el acceso del ACNUR a los demandantes sujeto a la autorización del Ministerio del Interior. En opinión del TEDH, la ubicación de los demandantes en las instalaciones antes mencionadas equivalía a una «privación de libertad», dadas las restricciones que les imponían las autoridades administrativas, a pesar de la naturaleza de la retención de acuerdo con la legislación nacional).

El CPT ha adoptado una posición muy similar, reconociendo la existencia de una «variedad de entornos de custodia, que van desde las instalaciones en los puntos de entrada hasta las comisarías de policía, las cárceles y los centros de detención especializados». En particular, «siempre ha sostenido que una estancia en una zona de tránsito o ‘internacional’ puede, según las circunstancias, equivaler a una privación de libertad en el sentido del párrafo 1 f) del artículo 5 del CEDH y que, por consiguiente, dichas zonas entran dentro del mandato del Comité».³³

b. Los derechos de los inmigrantes durante la detención administrativa

Los instrumentos y órganos del Consejo de Europa garantizan una serie de derechos a todas las personas detenidas. Se han establecido una serie de salvaguardias para protegerlos contra la privación arbitraria de la libertad, mientras que disfrutan de unos derechos sustantivos y procesales para garantizar que sean retenidos en condiciones compatibles con las normas del CEDH y que dispongan de los medios efectivos para recurrir su detención.

i. La legalidad de la detención

De conformidad con el artículo 5.1 del CEDH, toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad, lo que implica que toda persona tiene derecho a recibir protección contra la detención arbitraria. Para este fin, es de suma

33. *Ibíd.*

importancia que la privación de libertad esté justificada, y que se decida y lleve a cabo de conformidad con los procedimientos establecidos por la ley («Nadie será privado de libertad salvo en los siguientes casos y de conformidad con un procedimiento establecido por la ley»). El principio de seguridad jurídica es considerado una garantía crucial contra la arbitrariedad, que exige que la ley que establezca la detención sea clara, accesible y que sus efectos jurídicos sean previsibles. En el asunto *Medvedyev y otros c. Francia*, el Tribunal subrayó que:

en lo que respecta a la privación de libertad, es especialmente importante que se satisfaga el principio general de seguridad jurídica. Por lo tanto, es esencial que las condiciones de privación de libertad en virtud del ordenamiento jurídico nacional y/o internacional estén claramente definidas y que la propia ley sea previsible en su aplicación, de modo que cumpla con el principio de «legalidad» establecido por el Convenio, un principio que exige que toda ley debe ser lo suficientemente precisa para evitar cualquier riesgo de arbitrariedad y para permitir al ciudadano -si es necesario, con el asesoramiento adecuado- prever, en un grado que sea razonable en función de las circunstancias del caso, las consecuencias que una acción determinada pueda implicar.³⁴

En consecuencia, el TEDH ha enfatizado el requisito de la calidad de la legislación y de los procedimientos nacionales para que puedan ser considerados garantistas contra la arbitrariedad, estimando que aquellas leyes inaccesibles o imprecisas que establezcan la detención constituyen una violación del artículo 5 del CEDH.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Amuur c. Francia*, de 25 de junio de 1996, párrafo 51 (laguna jurídica en relación con el procedimiento, sin acceso a un abogado);
- ▶ STEDH *Abdolkhani y Karimnia c. Turquía*, de 22 de septiembre de 2009, párrafo 133 (falta de fundamento jurídico debido a la imposibilidad de prever la privación de libertad);
- ▶ STEDH, *Tehrani y otros c. Turquía*, de 13 de abril de 2010 (necesidad de un registro claro relativo al arresto y la detención de una persona);
- ▶ STEDH *Mathloom c. Grecia*, de 24 de abril de 2012 (la legislación que regulaba la detención de personas cuya expulsión había sido ordenada por los tribunales no establecía un plazo máximo y, por lo tanto, no cumplía con el requisito de previsibilidad establecido en el artículo 5.1 del CEDH);

34. STEDH, *Medvedyev y Otros c. Francia* (GS), 29 Marzo de 2010, párrafo 80.

- ▶ TEDH *M.A. c. Chipre*, de 23 de julio de 2013 (violación del párrafo 1 del artículo 5 del CEDH debido a que las autoridades nacionales no habían efectuado la detención del demandante de conformidad con un procedimiento establecido por la ley).

En el asunto *Saadi c. Reino Unido*, el TEDH recordó que toda privación de libertad debe ser «legal» y que la referencia debe ser esencialmente el procedimiento previsto en la legislación nacional, respetando el requisito del artículo 5.1 del CEDH de proteger a las personas frente a cualquier arbitrariedad. El TEDH estableció qué se espera de los Estados en cumplimiento con el CEDH:

Para evitar ser calificado como arbitrario, por lo tanto, dicha detención debe llevarse a cabo de buena fe, debe estar estrechamente relacionada con el propósito de prevenir la entrada no autorizada de la persona al país, el lugar y las condiciones de detención deben ser apropiadas, teniendo en cuenta que «la medida es aplicable no a quienes han cometido delitos sino a extranjeros que, a menudo temiendo por sus vidas, han huido de su propio país».³⁵

En esta línea, el TEDH ha enfatizado las especificidades de la detención de los migrantes, estableciendo una distinción con la detención de individuos bajo sospecha o que han cometido un delito penal.³⁶ El Tribunal requiere que las autoridades lleven a cabo de buena fe cualquier detención de los migrantes, a los efectos de evitar que las personas entren de forma irregular al territorio, y estima que las condiciones de detención deben cumplir con este objetivo, teniendo en cuenta la vulnerabilidad de los migrantes. Sin embargo, contrariamente a los requisitos de una mayor evaluación de la necesidad y la proporcionalidad de la medida en relación con los individuos que entran dentro del alcance del artículo 5.1 (b), (d) y (e) del CEDH, la detención de las personas migrantes no necesita ser una medida de último recurso. Por ejemplo, el TEDH ha aceptado la detención de corta duración para tramitar de manera eficiente la solicitud de un solicitante de asilo.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Saadi c. Reino Unido* (GS), de 29 de enero de 2008, párrafo 72: «Del mismo modo, cuando una persona ha sido detenida en virtud del artículo 5.1 (f), la Gran Sala, interpretando la segunda parte de este subpárrafo, ha sostenido que, mientras una persona esté detenida

35. STEDH *Saadi c. Reino Unido* (GS), de 29 de enero de 2008, párrafos 67 y 74. Véase también la STEDH *Conka c. Bélgica*, de 5 de febrero de 2002, párrafo 39, y la STEDH *Dougoz c. Grecia*, de 6 de marzo de 2001, párrafo 57.

36. Artículo 5.1 (a), (b), (c) del CEDH.

«con miras a la deportación», es decir, mientras «se esté tomando una medida con miras a la deportación», no se exige que la detención sea considerada razonablemente necesaria, por ejemplo, para evitar que la persona en cuestión cometa un delito o huya «;

- ▶ STEDH, *Chahal c. Reino Unido* (GS), de 15 de noviembre de 1996, párrafo 113: «toda privación de libertad en virtud del artículo 5.1 (f) se justificará únicamente mientras se halle en curso el procedimiento de deportación. Si tales procedimientos no son tramitados con la debida diligencia, la detención dejará de ser lícita».

Sin embargo, en el caso de una detención de una persona llevada a cabo para evitar su entrada no autorizada al territorio de un Estado, las autoridades deben poder justificar que la detención sea razonable. En el asunto *Saadi c. Reino Unido*, el Tribunal sostuvo que «el objetivo de la privación de libertad era permitir a las autoridades que pudieran determinar rápida y eficientemente la solicitud de asilo del solicitante» y que, por lo tanto, «su detención estaba estrechamente relacionada con el propósito de prevenir la entrada no autorizada». En consecuencia, concluyó el Tribunal que, a la luz de las dificultades a las que se enfrentaba el Reino Unido debido a un flujo creciente de números de solicitantes de asilo, la medida no era incompatible con el artículo 5.1 (f) del CEDH.³⁷ Esta conclusión contrasta con los requisitos relativos a la detención en espera de deportación, en la que la privación de libertad queda justificada sólo con el propósito de la expulsión.³⁸

Además, la duración de la detención de los migrantes no debe exceder la duración razonable de la detención para la consecución de los fines perseguidos. Según el TEDH, si la duración de la detención de las personas migrantes es excesiva, entonces la detención no es lícita en el sentido del artículo 5.1 (f) del CEDH.³⁹

Más específicamente, el TEDH ha establecido que la detención en espera de la deportación está justificada siempre que la deportación se lleve a cabo con la debida diligencia. En esta línea, en el asunto *Chahal c. Reino Unido*, el TEDH declaró que la privación de libertad de una persona en espera de expulsión se justifica sólo mientras el proceso esté en curso, y que « en cualquier procedimiento tramitado sin la debida diligencia, la detención

37. STEDH *Saadi c. Reino Unido* (GS), 29 de enero de 2008, párrafos 77-80.

38. Véase el Capítulo III (c) (i) del Manual («La duración y las condiciones de la detención»).

39. Véase el Capítulo VI (c) del Manual («Las expulsiones colectivas»).

dejará de ser lícita».⁴⁰ En el caso reciente *M.S. c. Bélgica*, el TEDH consideró que la detención prolongada de una extranjera, cuya deportación no podía llevarse a cabo de conformidad con el principio de no devolución, violaba el derecho a la libertad del párrafo 1º del artículo 5 del CEDH.⁴¹

Otros ejemplos con respecto a la legalidad de la detención:

- ▶ STEDH *A. y otros c. Reino Unido* (GS), 19 de febrero de 2009, párrafo 164: «El artículo 5.1 (f) no exige que la detención sea considerada razonablemente necesaria, por ejemplo, para evitar que la persona cometa algún delito o huya. Cualquier tipo de privación de libertad de las establecidas en el segundo apartado del artículo 5.1(f) estará justificada, sin embargo, solo mientras dure la deportación o los procedimientos de extradición. Si tales procedimientos no son procesados con la debida diligencia, la detención dejará de ser lícita bajo el artículo 5.1 (f) «;
- ▶ STEDH *Rahimi c. Grecia*, de 5 de abril de 2011, párrafos 104-06: «En principio, no se puede decir que la duración de su detención, dos días, haya sido irrazonable con miras a lograr tal objetivo (la deportación). Sin embargo, la orden de detención en el presente caso parece haber sido el resultado de la aplicación automática de la legislación en cuestión. Las autoridades nacionales no han tenido en cuenta el interés superior del demandante como menor o su situación individual como menor no acompañado. Además, no han examinado si resulta necesario como medida de último recurso ubicar al demandante a un centro de detención o si una acción menos drástica podría haber sido suficiente para garantizar su deportación. Estos factores generan dudas sobre la buena fe de las autoridades en la ejecución de la medida de detención. Todo esto es aún más cierto dado que las condiciones de detención en el centro en cuestión, en lo que respecta a la acogida, las condiciones de higiene y la infraestructura, han sido tan graves que vulneran el verdadero significado de la dignidad humana»;
- ▶ STEDH *Lokpo y Touré c. Hungría*, de 20 de septiembre de 2011 (el TEDH no estaba convencido de que la detención de los demandantes, que duró cinco meses supuestamente en vista de su expulsión, que nunca se materializó, fuera una medida proporcional al objetivo perseguido por la política de extranjería. Además, el TEDH observó que la detención de los demandantes fue prolongada porque la autoridad responsable de los refugiados no había iniciado su liberación. Sin embargo, la inacción

40. STEDH *Chahal c. Reino Unido* (GS), de 15 de noviembre de 1996, párrafos 112-13.

41. STEDH *M.S.S. c. Bélgica*, de 31 de enero de 2012, párrafo 155.

de esa autoridad no estaba recogida en ninguna decisión ni acompañada por un razonamiento. En consecuencia, los solicitantes fueron privados de libertad por el mero silencio de la autoridad competente. En opinión del TEDH, estos hechos «rozan los límites de la arbitrariedad». La ausencia de un razonamiento elaborado que motive la privación de libertad de un demandante hace que esa medida sea incompatible con el requisito de legalidad inherente en el artículo 5 del CEDH);

- ▶ STEDH *Mokallal c. Ucrania*, de 10 de noviembre de 2011, párrafo 36: «Los términos “de conformidad con un procedimiento establecido por la ley” no se limitan a remitir a la legislación nacional, también están relacionados con la calidad de dicha ley, que exige que sea compatible con el Estado de Derecho, un concepto inherente a todos los artículos del Convenio. La calidad, en este sentido, implica que cuando una ley nacional autoriza la privación de libertad, debe ser lo suficientemente accesible y precisa, para evitar cualquier riesgo de arbitrariedad «;
- ▶ STEDH *Longa Yonkeu c. Letonia*, de 15 de noviembre de 2011, párrafos 120 y 134 (el demandante fue un ciudadano camerunés que había sido devuelto a Camerún después de dos solicitudes de asilo infructuosas. El demandante alegó que su detención en Letonia, en un centro cerrado, entre diciembre de 2008 y enero de 2010, violó su derecho a la libertad y la seguridad, debido al largo período de detención y a la falta de garantías suficientes contra la arbitrariedad. El TEDH determinó que había habido una violación de dicho derecho, pero solo en ciertos períodos de su vida. Durante estos períodos específicos, ningún fundamento jurídico nacional justificó dicha detención, una vez resuelta su solicitud de asilo. Además, el TEDH observó que antes del 14 de julio de 2009, cuando entraron en vigor las nuevas disposiciones legales, la legislación aplicable para la detención con el fin de regresar no cumplía con las normas del CEDH ya que era imprecisa, no preveía procedimientos específicos claros para los solicitantes de asilo cuyas solicitudes habían sido denegadas, su aplicabilidad no podía preverse y conducía a la arbitrariedad administrativa);
- ▶ STEDH *Yoh-Ekale Mwanje c. Bélgica*, de 20 de diciembre de 2011, párrafos 117-19 (la demandante, una ciudadana camerunesa portadora del VIH, estuvo detenida durante casi cuatro meses en un centro cerrado, llamado «127 bis», esperando a ser devuelta a Camerún. El Tribunal concluyó que las condiciones de detención eran contrarias a las disposiciones del CEDH, debido a que las autoridades no actuaron con la diligencia requerida para que su enfermedad fuera tratada

cuidadosamente mientras estaba detenida. Además, no se le otorgó el derecho a un recurso efectivo para impugnar el informe médico sobre el que se fundó la decisión, que no analizaba detenidamente la situación individual de la salud de la demandante. Por último, el Tribunal consideró que la medida de privación de libertad no era proporcional al fin perseguido. El Tribunal declaró que podría haber recibido un tratamiento mejor contra el VIH si no hubiese sido detenida. Los jueces de Estrasburgo también consideraron el hecho de que se conocía su identidad y su dirección habitual, y de que ella había asistido a todas las citas establecidas por las autoridades y presentado todos los documentos solicitados. En consecuencia, era factible para Bélgica la adopción de una medida menos gravosa);

- ▶ STEDH *Takush c. Grecia*, de 17 de enero de 2012, párrafo 46 (el demandante fue arrestado por la policía y enjuiciado inmediatamente por el Tribunal Penal tras la imputación de facilitar e instigar la entrada ilegal de extranjeros en Grecia. El demandante fue absuelto. El TEDH encontró lícita su detención de acuerdo con las disposiciones especiales de la legislación relativa a la entrada de extranjeros).

ii. Los motivos lícitos para la detención de personas migrantes distintos al control de la inmigración

Los motivos de detención previamente citados se consideran los únicos lícitos a los efectos del control de la inmigración. Sin embargo, los migrantes, como cualquier otra persona, pueden ser detenidos por razones no vinculadas con la inmigración. La privación de libertad, en este caso, está relacionada con el proceso penal o con la protección del orden o la salud públicos, y debe distinguirse de la detención administrativa. Estos motivos lícitos para la detención no administrativa se limitan a los enumerados en el artículo 5.1 (a), (b), (c), (d) y (e) del CEDH. Sin embargo, esta clase de detención está sujeto a unos requisitos similares de evaluación adicional de la necesidad y la proporcionalidad de la medida. Además, tales detenciones deben respetar el principio de no discriminación, que prohíbe la discriminación por motivos de nacionalidad, salvo cuando la diferencia de trato esté justificada y sea razonable.

Ejemplo:

- ▶ STEDH *A. y otros c. Reino Unido* (GS), 19 de febrero de 2009, párrafo 171: «El Tribunal no acepta el argumento del Gobierno de que el artículo 5.1 permita un equilibrio entre el derecho individual a la libertad y el interés del Estado en proteger a su población de la amenaza terrorista. Este

argumento es inconsistente no solo con la jurisprudencia del Tribunal bajo el subpárrafo (f) sino también con el principio de que los apartados (a) a (f) constituyen una lista exhaustiva de excepciones y de que solo una interpretación estricta de estas excepciones es compatible con los objetivos del artículo 5. Si la detención no se ajusta a los límites de los citados apartados tal como los interpreta el Tribunal, no se puede intentar que se ajuste mediante una invocación a la necesidad de equilibrar los intereses del Estado con los del detenido.»

iii. El derecho a la información

Los migrantes detenidos tienen derecho a ser informados con celeridad, en un idioma que comprendan, sobre la naturaleza de su detención, las razones de la misma y el proceso para recurrir o impugnar la decisión relativa a su detención. Teniendo en cuenta el requisito de que la ley que establezca la detención debe ser accesible, clara y previsible para que la detención sea lícita, los Estados tienen la obligación de garantizar que los migrantes tengan acceso efectivo a dicha información, teniendo en cuenta los idiomas que entienden y su respectivo nivel educativo. Cuando sea necesario, las autoridades deben poder proporcionar a los migrantes privados de libertad la debida asistencia jurídica.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Saadi c. Reino Unido* (GS), de 29 de enero de 2008, párrafo 84: «La primera vez que se le informó al demandante de la verdadera razón de su detención fue a través de su representante el 5 de enero de 2001, cuando el demandante ya había estado detenido durante 76 horas. Suponiendo que la comunicación verbal de los motivos a un representante pueda satisfacer los requisitos del artículo 5.2 del Convenio, el [TEDH] ha estimado que un retraso de 76 horas en comunicar los motivos de la detención no era compatible con el requisito de que tales razones debían haberse comunicado «sin dilación»;
- ▶ STEDH *Abdolkhani y Karimnia c. Turquía*, de 22 de septiembre de 2009, párrafo 138: «Ante la falta de respuesta del Gobierno y de cualquier documento en el expediente que demostrase que los demandantes habían sido informados de los motivos de su detención continuada, el Tribunal llega a la conclusión de que los motivos de la detención de los demandantes, desde el 23 de junio de 2008 en adelante, nunca fueron comunicados por las autoridades nacionales».

El derecho a ser informado de los motivos de la detención está expresamente previsto en el artículo 5.2 del CEDH, que dice que «toda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella». El TEDH ha estimado que una simple indicación del fundamento jurídico para sobre el que se base la detención no es suficiente, requiriendo la comunicación de aquellos elementos de hecho que justifiquen la medida adoptada en su contra.

Ejemplo:

- ▶ STEDH *Fox, Campbell y Hartley c. Reino Unido*, de 30 de agosto de 1990, párrafo 41: «Al ser detenidos, el agente responsable de la detención simplemente les dijo, al Sr. Campbell y al Sr. Hartley, que estaban siendo privados de libertad de acuerdo con la sección 11 (1) de la Ley de 1978 por indicios de terrorismo (véanse los párrafos 9 y 13 supra). Esta simple indicación del fundamento jurídico de la detención, por sí misma, fue insuficiente a los efectos del artículo 5.2, como admitió el Gobierno. Sin embargo, después de ser detenidos, todos los demandantes fueron interrogados por la policía sobre su presunta participación en actos delictivos específicos y por su presunta pertenencia a organizaciones ilícitas. No hay motivos para suponer que estos interrogatorios no permitieran a los demandantes entender por qué habían sido detenidos. Las razones por las que se sospechaba que podían ser terroristas fueron transmitidas durante el interrogatorio».

Además, el Tribunal ha interpretado el derecho de información del artículo 5.2 del CEDH en el sentido en el que se incluye de un modo más general a cualquier persona detenida y, por lo tanto, extiende las obligaciones de los Estados a todos los migrantes privados de libertad. Esta interpretación está justificada a la luz del artículo 5.4 del CEDH y por la ausencia de distinción en el derecho a recurrir la detención y el arresto. En esta línea, en el asunto *Abdolkhani y Karimnia c. Turquía*, el TEDH sostuvo que:

en virtud del artículo 5.2, a toda persona detenida se le debe indicar, en un lenguaje sencillo y no técnico que pueda entenderse fácilmente, los fundamentos jurídicos y fácticos esenciales de la detención, a fin de poder, si lo considera conveniente, presentar un recurso ante un tribunal para impugnar la legalidad de la misma de conformidad con el artículo 5.4. La suficiencia del contenido y la de la celeridad de la información transmitida serán evaluadas de acuerdo con las características particulares de cada caso. El Tribunal observa que no existe ningún supuesto en el presente caso para excluir a los demandantes de

las prerrogativas del párrafo 2º, ya que el párrafo 4º no hace distinción entre las personas privadas de libertad por ser arrestadas o detenidas.⁴²

De acuerdo con esta interpretación, y dada la conexión entre el derecho de información y el derecho a recurrir la orden de detención, los Estados también tienen la obligación de comunicar aquella información relativa a su derecho a un recurso judicial y a las fases del procedimiento a los migrantes privados de libertad.

Ejemplo:

- ▶ STEDH *Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*, de 12 de abril de 2005, párrafos 413-14: «El Tribunal reitera que el párrafo 2º del artículo 5 contiene la garantía elemental de que toda persona detenida debe saber por qué se le está privando de su libertad. Se trata de una garantía mínima contra cualquier trato arbitrario. Esta disposición es parte integrante del régimen de protección previsto en el artículo 5, en virtud de cuyo párrafo 2º a toda persona detenida se le debe decir, en un lenguaje sencillo y no técnico, que pueda comprender, los fundamentos de hecho y de derecho esenciales de su detención, a fin de poder, si lo considera conveniente, recurrir ante un tribunal para impugnar su legalidad de conformidad con el párrafo 4º. Si bien esta información debe transmitirse «en el plazo más breve posible», no es necesario que sea facilitada en su totalidad por el funcionario que realiza la detención en el momento de la misma. La suficiencia del contenido de la información y la brevedad en la que ésta es transmitida se evaluará, de acuerdo con las circunstancias especiales de cada caso”.

Con respecto al requisito de prontitud, el TEDH ha establecido que, aunque no sea necesario proporcionar la información en el momento en el que el migrante sea detenido, no obstante, es esencial que ésta se facilite en cuestión de horas.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*, de 12 de abril de 2005, párrafos 413 a 416 (sobre la no obligación de comunicar la información de inmediato sino en cuestión de horas);
- ▶ STEDH *Saadi c. Reino Unido (GS)*, de 29 de enero de 2008, párrafos 81-85 (violación del artículo 5 del CEDH porque las razones de la privación de libertad fueron comunicadas al detenido solo después de 76 horas).

42. STEDH *Abdolkhani y Karimnia c. Turquía*, de 22 de septiembre de 2009, párrafo 136.

Todos estos requisitos y obligaciones, desarrollados a través de la jurisprudencia del TEDH, se aplican, naturalmente, a los migrantes que son solicitantes de asilo sujetos a procedimientos acelerados. Han sido regulados en las «Directrices sobre protección de los derechos humanos en el contexto de los procedimientos acelerados de asilo» del Consejo de Europa, que establecen que «los solicitantes de asilo privados de libertad deberán ser informados en el plazo más breve posible, en un idioma que entiendan, de los fundamentos de hecho y de Derecho de su detención y de los recursos de los que dispongan».⁴³

c. La duración y las condiciones de la detención

Además de los requisitos relacionados con la legalidad de la medida, la detención está sujeta a otras garantías que protegen de la arbitrariedad a los detenidos, incluidos aquellos migrantes privados de libertad. Estas salvaguardas se refieren al tratamiento de los inmigrantes detenidos y tienen como objetivo evitar largos períodos de detención y aquellas condiciones de detención que incumplan con las normas internacionales relativas a los derechos humanos. La privación desproporcionada e innecesaria de libertad equivale a una detención arbitraria en violación de la obligación del Estado establecida en el artículo 5 del CEDH.

i. La duración de la detención

La detención es considerada como una medida excepcional y debe durar el tiempo más breve posible. En el caso de la detención administrativa de migrantes o la detención en espera de la deportación, y cuando el propósito sea legítimo y lícito, las autoridades deben garantizar la protección de las personas contra medidas desproporcionadas. Por lo tanto, aun cuando se haya considerado necesaria una medida determinada de privación de libertad, el TEDH ha sostenido que «la duración de la detención no debe exceder de lo razonablemente requerido para el propósito perseguido»⁴⁴. De lo contrario, la detención no es legal.⁴⁵ El TEDH ha señalado, además, la ausencia de una disposición que establezca los límites máximos en virtud del

43. Comité de Ministros 2009, Directriz XI.5.

44. STEDH *Kaja c. Grecia*, de 27 de julio de 2006, párrafo 49. STEDH *Saadi c. Reino Unido* (GS), de 29 de enero de 2008, párrafo 4. STEDH *Efremidze c. Grecia*, de 21 de junio de 2011, párrafo 56.

45. Véase el Capítulo III (b) (i) del Manual («La legalidad de la detención»).

artículo 5 del CEDH, y ha indicado que «la cuestión de si la duración de los procedimientos de deportación podría afectar la legalidad de la detención según esta disposición depende únicamente de las circunstancias particulares de cada caso».⁴⁶ Además, se ha aceptado ampliamente que los períodos prolongados de detención o la incertidumbre en cuanto a la duración de la detención puedan constituir un trato inhumano o degradante en violación del artículo 3 del CEDH.

Ejemplo:

- ▶ STEDH *Charahili c. Turquía*, de 13 de abril de 2010, párrafo 77: «aunque los inmigrantes detenidos puedan tener que pasar algún tiempo en centros de detención policiales ordinarios, dado que las condiciones en dichos lugares pueden ser generalmente inadecuadas durante períodos prolongados de detención, el tiempo que pasen los inmigrantes detenidos en esos establecimientos debe limitarse al mínimo absoluto».

Además, el TEDH ha establecido que las demoras en la liberación de un detenido pueden ser aceptables por determinadas razones como las formalidades procesales. Sin embargo, tales dilaciones pueden estar justificadas sólo por unas pocas horas más siempre que no impliquen el riesgo de constituir una violación del artículo 5 y del derecho a ser protegido contra la detención arbitraria.

Ejemplos:

- ▶ TEDH *Eminbeyli c. Rusia*, de 26 de febrero de 2009, párrafo 49: «El Tribunal reitera que es posible aceptar cierta demora en la aplicación de la decisión de liberar a un detenido, a menudo en vista de una serie de consideraciones prácticas relacionadas con el funcionamiento de los Tribunales y la observancia de determinadas formalidades. Sin embargo, las autoridades nacionales deben intentar limitar las dilaciones al mínimo. El Tribunal reitera que las formalidades administrativas relacionadas con la liberación no pueden justificar un retraso de más de unas pocas horas. Corresponde a los Estados contratantes organizar su sistema jurídico de tal manera que sus autoridades policiales puedan cumplir la obligación de evitar la privación de libertad injustificada».
- ▶ STEDH *Bubullima c. Grecia*, de 28 de octubre de 2010, párrafo 29 (incapacidad de los tribunales griegos de pronunciarse en un plazo breve sobre la petición de puesta en libertad de un menor de nacionalidad albanesa que había sido detenido para su expulsión).

46. STEDH *Auad c. Bulgaria*, de 11 de octubre de 2011, párrafo 128.

ii. Las condiciones de la detención

Los migrantes detenidos, a los efectos del control de la inmigración, tienen un estatuto jurídico diferente al de los presos condenados o al de las personas en prisión preventiva, debiendo recibir un trato acorde. Esta diferencia esencial ha sido destacada por el TEDH en *Saadi c. Reino Unido*, en la que insistió en que «las condiciones de la detención deben ser apropiadas, teniendo en cuenta que la medida es aplicable no a personas que han cometido delitos sino a extranjeros que, a menudo temiendo por sus vidas, han huido de su propio país». ⁴⁷ Por lo tanto, los migrantes privados de libertad deberían ser recluidos en instalaciones adecuadas, habilitadas el efecto en función de su situación específica. El Comité de Ministros y el CPT han expresado la necesidad de dar cabida a los migrantes detenidos y los solicitantes de asilo en instalaciones -o centros si la detención se prolonga- «específicamente designados para tal fin, que ofrezca condiciones materiales y un régimen apropiado para sus necesidades jurídicas y fácticas, y que cuente con un personal cualificado». ⁴⁸

La detención de personas migrantes en virtud de una ley extranjera, en lugares y condiciones inapropiados con respecto a su situación y al propósito de su privación de libertad, puede equivaler a una violación del artículo 5 del CEDH y del derecho a la libertad. Por ejemplo, a las familias detenidas se les debe proporcionar alojamiento separado para garantizar la privacidad adecuada, del mismo modo que la «detención» de un paciente de salud mental debe realizarse en un hospital, clínica u otra institución apropiada. ⁴⁹ Por otra parte, el TEDH ha afirmado que «debe haber alguna relación entre el motivo de la privación de libertad permitida y el lugar y las condiciones de la detención». En principio, la «detención» de una persona como paciente de salud mental solo será «lícita» a los efectos del apartado e) del párrafo 1 si se realiza en un hospital, clínica u otra institución apropiada. ⁵⁰ Además, la inadecuación de los lugares de detención combinada con la privación prolongada de la libertad, también puede constituir un supuesto de violación de la prohibición de la tortura y de otros tratos o castigos inhumanos o degradantes establecida en el artículo 3 del CEDH.

47. STEDH *Saadi c. Reino Unido* (GS), de 29 de enero de 2008, párrafo 74.

48. Comité de Ministros, 2009. Directriz XI.7; CPT 2011, p. 65.

49. Comité de Ministros, 2009. Directriz XI.7.

50. STEDH *Aerts c. Bélgica*, de 30 de julio de 1998, párrafo 46.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Charahili c. Turquía*, de 13 de abril de 2010 (violación del artículo 3 del CEDH por la detención del demandante en condiciones inadecuadas y durante un período prolongado en el sótano de una comisaría de policía);
- ▶ STEDH *A.F. c. Grecia*, de 13 de junio de 2013 (violación del artículo 3 del CEDH debido a las condiciones de hacinamiento en las que se encontraba el demandante en uno de los puestos fronterizos de la policía. En particular, por la falta severa de espacio);
- ▶ STEDH *Horshill c. Grecia*, de 1 de agosto de 2013 (violación del artículo 3 del CEDH por la detención del demandante en dos comisarías de policía, en las que las condiciones de hacinamiento eran excesivas y las celdas de una de las comisarías estaba ubicada en el sótano y, por tanto, sin luz natural. En ninguna de las dos comisarías de policía, las celdas disponían de duchas contiguas ni los detenidos podían caminar ni participar en actividades físicas.)

Además de los requisitos de un régimen adecuado, de la duración y de las instalaciones diseñadas específicamente para la detención, el trato a los inmigrantes, compatible con los artículos 3 y 5 del CEDH, implica la garantía de unas condiciones de detención suficientemente higiénicas, seguras y salubres. El trato a los migrantes detenidos debe ser conforme con el principio fundamental de la dignidad humana. El CPT ha descrito las condiciones que deben disfrutar los migrantes privados de libertad en su lugar de detención, indicando que:

tales centros deben proporcionar un alojamiento que esté adecuadamente amueblado, limpio y en buen estado, y que ofrezca el suficiente espacio vital para el número de personas privadas de libertad. Además, debe prestarse atención al diseño y a la disposición de las instalaciones para evitar, en la medida de lo posible, cualquier sensación de un entorno carcelario. En cuanto a las actividades del centro, deben incluirse el ejercicio al aire libre, el acceso a una sala de día y a la radio/televisión y a los periódicos/revistas, así como otros medios apropiados de recreación (por ejemplo; los juegos de mesa, el tenis de mesa). Cuanto mayor sea el período de detención de las personas, más elaboradas deben ser las actividades que se les ofrezcan.⁵¹

La extrema falta de espacio y el hacinamiento, así como la combinación de condiciones muy precarias como la falta de luz, de ventilación, de acceso a inodoros y duchas o la falta de actividades al aire libre pueden considerarse

51. CPT 2011, p. 65.

tratos inhumanos o degradantes, independientemente de la concurrencia o falta de intención de las autoridades para humillar y maltratar a los detenidos. En el asunto *Orchowski c. Polonia*, el TEDH estimó que:

La extrema falta de espacio en una celda de detención pesa mucho como un aspecto que debe tenerse en cuenta a los efectos de establecer si las condiciones de la detención impugnadas fueron «degradantes» desde el punto de vista del artículo 3 ... En cambio, en otros casos donde el hacinamiento no sea tan grave como para plantear un problema en virtud del artículo 3 del Convenio, el Tribunal ha destacado como relevantes otros aspectos de las condiciones físicas de la detención para la evaluación del cumplimiento de esa disposición. Dichos elementos incluyen, en particular, la existencia de una ventilación suficiente, el acceso a la luz o al aire naturales, la adecuación de los sistemas de calefacción, el cumplimiento de los requisitos sanitarios básicos y la posibilidad de utilizar un baño privado. Por lo tanto, incluso en aquellos asuntos en los que la celda en cuestión era de un tamaño superior, midiendo de 3 a 4 m² por recluso, el Tribunal ha estimado una violación del artículo 3, ya que el factor del espacio fue valorado en conjunto con la concurrencia de una falta de ventilación e iluminación...⁵²

En el asunto *M.S.S. c. Bélgica y Grecia (GS)*, el Tribunal describió las espantosas condiciones de detención de los solicitantes de asilo en los centros de acogida, desde el hacinamiento de los internos que se tenían que turnar para dormir hasta la privación de ejercicio al aire libre y la existencia de unas instalaciones sanitarias sucias, condiciones todas ellas que acumuladas constituyen un nivel de sufrimiento claramente incompatible con el derecho al respeto de la dignidad humana. El TEDH concluyó que:

las condiciones de detención experimentadas por el demandante eran inaceptables. Es la opinión del Tribunal que, en su conjunto, el sentimiento de arbitrariedad, junto con el sentimiento de inferioridad y la ansiedad a menudo asociados con éste, así como el profundo efecto que tales condiciones de detención tienen indudablemente sobre la dignidad de una persona, constituyen un trato degradante contrario al artículo 3 del Convenio. Además, la angustia del demandante se vio acentuada por la vulnerabilidad inherente a su situación como solicitante de asilo.⁵³

En el asunto *Rodic y otros c. Bosnia y Herzegovina*, el TEDH determinó una violación del artículo 3 del CEDH debido a la falta de protección del bienestar físico de los detenidos. Al evaluar las penurias sufridas por los demandantes,

52. STEDH *Orchowski c. Polonia*, de 22 de octubre de 2009, párrafo 122.

53. STEDH *M.S.S. c. Bélgica y Grecia (GS)*, de 21 de enero de 2011, párrafos 230-33. STEDH *Efremidze c. Grecia*, de 21 de junio de 2011, párrafo 41.

el TEDH consideró no solo la violencia física real a la que estaban sometidos, sino también el sufrimiento generado por la ansiedad mental constante causada por la amenaza y la expectativa de tal violencia. El Tribunal estimó que «debe haberse excedido el nivel ineludible inherente a la detención, considerando que el sufrimiento resultante fue más allá del umbral de severidad en virtud del artículo 3 del Convenio».⁵⁴ De manera similar, el TEDH también ha afirmado que, a pesar de la ausencia de la obligación de liberar a las personas por razones de salud, la falta de acceso a la atención médica o de suministro de aquellos medicamentos necesarios a los detenidos constituye un trato inhumano y degradante en violación de la obligación del Estado de garantizar el bienestar físico y mental de las personas privadas de libertad.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Mouisel c. Francia*, de 14 de noviembre de 2002, párrafo 40: «Si bien el artículo 3 del Convenio no puede interpretarse como una obligación general de liberar a los detenidos por razones de salud, esta disposición impone al Estado la obligación de proteger el bienestar físico de las personas privadas de libertad, proporcionándoles, por ejemplo, la asistencia médica necesaria ... El Tribunal también ha destacado el derecho de todos los presos a unas condiciones de detención que sean compatibles con la dignidad humana, a fin de garantizar que tanto la forma como el método de aplicación de las medidas impuestas no les expongan a una angustia o a unas dificultades de tal intensidad que se exceda el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención. Además, más allá de la salud de los presos, su bienestar también debe estar adecuadamente asegurado, dadas las exigencias prácticas de la prisión... «;
- ▶ STEDH *Yoh-Ekale Mwanje c. Bélgica*, de 20 de diciembre de 2011, párrafo 91;
- ▶ STEDH *Sakir c. Grecia*, de 24 de marzo de 2016 (violación del artículo 3 del CEDH debido a que la policía no había intentado averiguar en el hospital si el estado de salud del demandante le permitía permanecer privado de libertad, y a que, a pesar de las indicaciones específicas de los médicos, concurrieron una serie de deficiencias en la forma en que la que se tomaron en cuenta tanto la condición médica como el estado de vulnerabilidad del demandante).

El TEDH ha estimado también que la falta de información sobre la existencia de un centro de recepción en una zona de tránsito aeroportuario, en la que

54. STEDH *Rodic y otros c. Bosnia y Herzegovina*, de 27 de mayo de 2008, párrafo 73.

los migrantes habían permanecido durante varios días sin ningún tipo de asistencia o provisión de medios de subsistencia o alojamiento, constituye un trato inhumano y degradante. En esta línea, el TEDH ha considerado que la inacción de las autoridades y la falta de garantía de las necesidades básicas de los inmigrantes privados de libertad son incompatibles con las obligaciones emanadas del CEDH. Además, el Tribunal ha afirmado el carácter absoluto del artículo 3 del CEDH y ha estimado que ninguna circunstancia puede eximir a un Estado de sus obligaciones en virtud de esa disposición, independientemente de las dificultades económicas o sociales a las que se enfrente el país.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *M.S.S. c. Bélgica y Grecia (GS)*, de 21 de enero de 2011, párrafo 223: «El Tribunal observa en primer lugar, que los Estados que integran las fronteras exteriores de la Unión Europea están experimentando actualmente unas dificultades considerables para hacer frente a la creciente afluencia de migrantes y solicitantes de asilo. La situación se ve agravada por las transferencias de solicitantes de asilo por otros Estados miembros en aplicación del Reglamento de Dublín (véanse los apartados 65 a 82 supra). El Tribunal no subestima la carga y la presión que esta situación impone a los Estados interesados, que son aún mayores en el contexto actual de crisis económica. Es particularmente consciente de las dificultades que entraña la recepción de migrantes y de solicitantes de asilo a su llegada a los principales aeropuertos internacionales y del número desproporcionado de solicitantes de asilo en comparación con las capacidades de algunos de estos Estados. Sin embargo, teniendo en cuenta el carácter absoluto del artículo 3, todo ello no puede eximir a un Estado de sus obligaciones en virtud de esta disposición »;
- ▶ STEDH *Riad e Idiab c. Bélgica*, de 24 de enero de 2008, párrafos 103-06: «La zona de tránsito no es un lugar apropiado para detener a los demandantes. Por su propia naturaleza, es un lugar diseñado para acomodar a las personas por períodos muy cortos. Con características susceptibles de brindar a los detenidos una sensación de aislamiento, sin acceso al exterior para pasear o hacer ejercicio físico, sin un servicio interno de comidas ni contacto con el mundo exterior, la zona de tránsito es totalmente inapropiada para las necesidades de una estancia de más de diez días ... El Tribunal considera inaceptable que alguien pueda ser detenido bajo unas condiciones en las que haya un completo incumplimiento de sus necesidades esenciales. El hecho

de que ciertas personas que trabajan en la zona de tránsito asistieron algunas de las necesidades de los demandantes, no altera de ninguna manera la situación totalmente inaceptable que tuvieron que soportar”.

d. La detención de los menores y otros grupos vulnerables

Los órganos del Consejo de Europa han establecido garantías adicionales para proteger a los grupos especialmente vulnerables de migrantes detenidos, asegurándoles la atención específica que necesitan. Esta consideración es particularmente necesaria para los menores, los detenidos con discapacidad mental o física y para las mujeres.

i. La detención de los menores

La detención de los menores se percibe internacionalmente como una medida de último recurso, limitada a aquellas situaciones excepcionales en las que la privación de libertad del menor supone lo mejor para éste.⁵⁵ Los principios aplicables para la protección de los niños y las niñas migrantes se han consagrado en numerosos instrumentos de derechos humanos. A nivel del Consejo de Europa, tanto el Comité de Ministros como la APCE han elaborado unas normas no vinculantes que abordan la delicada cuestión de la detención de los niños y menores no acompañados en el proceso migratorio. Con respecto a los solicitantes de asilo, el Comité de Ministros ha establecido que «los menores, incluidos los menores no acompañados, por lo general no deberían ser detenidos. En aquellos casos excepcionales en los que se detengan a menores, se les debe proporcionar supervisión y asistencia especiales».⁵⁶ La APCE adoptó la Resolución 1810 (2011) sobre menores no acompañados en Europa: cuestiones de llegada, estancia y retorno, y la Recomendación 1985 (2011) sobre los menores migrantes indocumentados en situación irregular: una causa real de preocupación, que se ocupa exclusivamente del estado y la protección de los menores migrantes y que establece las siguientes normas con respecto a su detención:

- ▶ un menor, en principio, nunca debería ser detenido. Cuando concurra algún motivo para detener a un menor, el interés superior del niño siempre debe prevalecer;

55. En particular, los artículos 3 y 8 del CEDH; los artículos 4, 19 y 24 de la CDFUE; los artículos 7, 17 y 24 del PIDCP y los artículos 3, 9, 10 y 22 de la CDN.

56. Comité de Ministros de 2009, Directriz XI.2.

- ▶ si se detiene, el tiempo de detención debe ser por el período más breve posible y las instalaciones deben adaptarse a la edad del menor, debiendo facilitarse tanto el apoyo educativo como actividades relevantes;
- ▶ si la detención se lleva a cabo, debe ser en instalaciones separadas de las de los adultos, o en instalaciones destinadas a alojar a los menores con sus padres u otros familiares. El menor no debe ser separado de sus padres, excepto en circunstancias excepcionales;
- ▶ los menores no acompañados, sin embargo, nunca deben ser detenidos;
- ▶ ningún menor debe ser privado de su libertad únicamente por su condición migratoria, y nunca como medida punitiva;
- ▶ cuando exista una duda sobre la edad de un menor, el beneficio de la duda recaerá sobre aquel.⁵⁷

En 2014, la APCE adoptó la Resolución 2020 (2014) y la Recomendación 2056 (2014) sobre alternativas a la detención migratoria de los menores, en la que destaca «que los Estados que practiquen la detención de menores inmigrantes contravienen el principio del interés superior del niño y violan los derechos de los niños. Privan a los menores de su derecho fundamental a la libertad y les ponen en riesgo de sufrir daños físicos, mentales y de desarrollo graves y para toda la vida. También pueden violar otros derechos fundamentales de los niños, como los derechos a la familia, la salud, la educación y el juego».⁵⁸ La APCE Pidió a los Estados miembros, entre otras cuestiones, que:

- ▶ promulgasen una legislación que prohibiese la detención de los menores por motivos de inmigración y garantizase su plena aplicación en la práctica;
- ▶ se abstudiesen de ubicar en centros detención administrativa a aquellos menores no acompañados o separados en detención administrativa;
- ▶ desarrollasen procedimientos de evaluación de la edad de los menores migrantes favorables a los mismos;
- ▶ adoptasen alternativas a la detención capaces de satisfacer el interés superior del niño y permitiesen que los mismos permanecieran con sus familiares y/o tutores en contextos comunitarios, sin custodia, mientras se estuviese resolviendo su situación migratoria;

57. APCE. 2011b, párrafos 9.4.1-9.4.7.

58. APCE. Recomendación 2056 (2014) sobre las alternativas a la detención de menores por motivos de inmigración adoptada por la Asamblea el 3 de octubre de 2014, párrafo 2.

- ▶ sensibilizasen a todos los funcionarios públicos, incluidos la policía, los jueces y los fiscales, sobre las alternativas existentes a la detención;
- ▶ fomentasen la colaboración entre los gobiernos de los Estados miembros, el Consejo de Europa, los organismos de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales y las organizaciones de la sociedad civil para poner fin a la detención de los menores inmigrantes.⁵⁹

En el contexto del CEDH, la protección especial en la migración de los menores no acompañados se deriva de los artículos 3, 5 y 8 del CEDH. A la luz de la naturaleza absoluta del artículo 3 del CEDH, el Tribunal ha subrayado la obligación positiva que tienen los Estados de proteger y de proporcionar asistencia a las personas extremadamente vulnerables, como son los menores no acompañados, independientemente de su condición de migrantes en situación irregular, nacionalidad o apatridia.⁶⁰ De acuerdo con el Tribunal, la característica principal de dicha obligación positiva es que se requiera a las autoridades nacionales que tomen las medidas necesarias para salvaguardar un derecho o, más precisamente, para adoptar aquellas garantías razonables y adecuadas para proteger el derecho de una persona. El TEDH recuerda que el interés superior del niño implica que los Estados deben asegurar, en la medida de lo posible, la unidad familiar y deben aplicar la detención solo como medida de último recurso.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Rahimi c. Grecia*, de 5 de abril de 2011, párrafo 87: «Dada la naturaleza absoluta de la protección otorgada por el artículo 3 del Convenio, es importante tener en cuenta que se trata de un factor decisivo y que tiene prioridad sobre otras consideraciones relacionadas con la condición de inmigrante ilegal del segundo demandante. Éste, por lo tanto, pertenecía indiscutiblemente a una de las clases sociales más vulnerables sobre las que el Estado griego tenía el deber de adoptar medidas adecuadas para prestar asistencia y protección como parte de sus obligaciones positivas en virtud del artículo 3 del Convenio»;
- ▶ STEDH *Kanagaratnam y otros c. Bélgica*, de 13 de diciembre de 2011 (el caso se refería a menores detenidos con su madre en el mismo centro, de régimen cerrado, que el Tribunal consideró inadecuado para las necesidades de los menores debido a las condiciones de detención, tal como se había descrito en varios informes nacionales e internacionales);

59. APCE. Resolución 2020 (2014) sobre las alternativas a la detención de menores por motivos de inmigración aprobada por la Asamblea el 3 de octubre de 2014, párrafo 9.

60. Estos principios también han sido consagrados por la APCE (2011a, párrafos 5.2 y 5.15).

- ▶ STEDH *Mohamad c. Grecia*, de 11 de diciembre de 2014 (violación del artículo 3 del CEDH debido a las condiciones de detención del demandante pendiente de expulsión en el puesto fronterizo de Soufli, y una violación del artículo 5 del CEDH dado que, por una parte, el demandante había sido privado de libertad y detenido, sin tener en cuenta su condición de menor no acompañado, y que, por otra, las autoridades prolongaron su detención, sin tomar medida alguna, con vistas a su expulsión en cuanto el demandante alcanzara la mayoría de edad).

Además, el TEDH estimó que, al ubicar a los menores en centros de detención, las autoridades habían descuidado deliberadamente el hecho de que, debido a su historia personal y a su vulnerabilidad particular, estaban padeciendo angustia y sentimientos de inferioridad que podían obstaculizar su desarrollo. También estableció la presunción de vulnerabilidad de los menores. El TEDH consideró que su detención les había expuesto a un nivel de sufrimiento que superaba el umbral de los malos tratos establecido por el artículo 3 del CEDH.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Kanagaratnam y otros c. Bélgica*, de 13 de diciembre de 2011, párrafos 67-69 (presunción de la vulnerabilidad de los menores detenidos y violación del artículo 3 del CEDH debido a los sentimientos de angustia e inferioridad a los que estuvieron expuestos, poniendo en peligro su desarrollo);
- ▶ STEDH *A.B. y otros c. Francia*, de 12 de julio de 2016 (debido a la edad del menor y a la duración y las de su detención en un centro de detención administrativa, las autoridades le sometieron a un trato que excedía el umbral de gravedad exigido por el artículo 3).

En el asunto *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, una menor de edad no acompañada de 5 años estuvo detenida durante dos meses en un centro con adultos y sin una persona asignada para cuidarla. El TEDH señaló que «no se tomaron las medidas para garantizar que recibiera el asesoramiento y la asistencia educativa adecuados por parte de un personal cualificado especialmente encargado para tal fin». Tras señalar la inevitable angustia y los graves efectos psicológicos que esas condiciones necesariamente tendrían para la niña, el TEDH concluyó que las autoridades «demostraron una falta de humanidad de tal grado que equivalía a un trato inhumano». Además, las autoridades no informaron a la madre de la menor sobre la deportación de su hija, siendo conocedora solo después de que se hubiera ejecutado la expulsión: «El Tribunal no tiene dudas de que esto provocó una profunda

ansiedad en la primera demandante. La falta de aprecio en la conducta con respecto a sus sentimientos y las pruebas del expediente conducen al Tribunal a considerar que se ha alcanzado el umbral de severidad requerido en el presente caso». ⁶¹ En consecuencia, en este caso, el TEDH sostuvo que las condiciones de detención de la menor no acompañada habían constituido dos violaciones de la prohibición de trato inhumano y degradante, tanto para la menor como para como para su madre.

Además, el TEDH ha consagrado el principio de que la detención de los menores debe ser una medida de último recurso y estar limitada a circunstancias muy excepcionales en las que estaría justificada por el interés superior del niño. Si las autoridades no demuestran que esto sea así y que se han examinado todas las alternativas a la privación de libertad, la detención del menor constituirá arbitrariedad y violará el derecho a la libertad y a la seguridad del artículo 5 del CEDH. También ha constatado que la detención de una madre en un lugar manifiestamente inadecuado para sus hijos es ilegal y viola la protección contra la arbitrariedad del artículo 5.1 (f) del CEDH.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Rahimi c. Grecia*, de 5 de abril de 2011, párrafo 109 (sobre la detención arbitraria de un menor no acompañado);
- ▶ STEDH *Kanagaratnam y otros c. Bélgica*, de 13 de diciembre de 2011, párrafos 94-95 (sobre la detención de niños con su madre en condiciones inadecuadas para ellos);
- ▶ STEDH *Mahmundi y otros c. Grecia*, de 31 de julio de 2012 (violación del artículo 3 del CEDH por la detención de una familia afgana, debido concretamente a la falta de supervisión específica a los demandantes, a pesar de su condición particular como menores y como mujer embarazada);
- ▶ STEDH *A.B. y otros c. Francia*, de 12 de julio de 2016, párrafos 133-138 (el Tribunal observó que la presencia en un centro de detención administrativa de un menor que estaba acompañando a sus padres solo es compatible con el Convenio si las autoridades nacionales determinasen que habían adoptado esta medida como último recurso y solo después de haber verificado, en las circunstancias específicas, que no se podría haber adoptado ninguna otra medida menos restrictiva).

A este respecto, el Tribunal también insistió en la importancia de reducir al máximo las situaciones en que las familias con menores permanecen

61. STEDH *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, de 12 de octubre de 2006, párrafos 50, 58 y 70.

detenidas. Considerando que es fundamental preservar la unidad familiar al tiempo que evitar privar a los menores de su libertad, el TEDH concluyó que, en ausencia de razones para sospechar que la familia intentaría evadir a las autoridades, la medida fue desproporcionada y vulneró el derecho al respeto de la vida familiar garantizado por el artículo 8 del CEDH. Del mismo modo, el Tribunal consideró que la deportación de un menor extranjero no acompañado constituya una violación del artículo 8 del CEDH, debido al incumplimiento de la obligación positiva de las autoridades de facilitar la reunificación familiar.

Ejemplos:

- ▶ TEDH *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, de 12 de octubre de 2006, párrafos 85-90;
- ▶ TEDH *Popov c. Francia*, de 19 de enero de 2012, párrafos 147-48.

Por último, los menores migrantes detenidos gozan del mismo derecho a la educación que los menores que se encuentren en libertad. Este derecho debe aplicarse de conformidad con el principio de no discriminación y está garantizado por el artículo 2 del Protocolo N° 1 del CEDH según el cual:

A nadie se le puede negar el derecho a la educación. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.

ii. La detención de las mujeres

A los efectos de la detención de las personas migrantes, las mujeres son consideradas un grupo vulnerable a la luz de las amenazas particulares a las que están expuestas. Pueden estar sujetas a violencia de género, violencia sexual y acoso, o simplemente enfrentar la privación de aquellos servicios sanitarios y de higiene que necesitan las mujeres, de bienes y servicios, así como la falta de cuidado infantil. La vulnerabilidad de las mujeres detenidas ha sido destacada en las «normas del CPT», que dedican un capítulo a las mujeres privadas de su libertad y a los principios que garantizan un «entorno decente y seguro de custodia». ⁶² El TEDH ha desarrollado una línea doctrinal que establece que determinadas conductas o que la falta de unas condiciones adecuadas de detención, tomando en consideración las necesidades específicas de las mujeres, constituyen un trato inhumano y degradante.

62. CPT 2011, p. 90.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Filiz Uyan c. Turquía*, de 8 de enero de 2009, párrafo 32: «el Tribunal considera que la insistencia en el uso de esposas durante un examen realizado por un ginecólogo y la presencia de tres oficiales de seguridad masculinos en la sala de examen durante la consulta, incluso detrás de una pantalla plegable, fueron medidas de seguridad desproporcionadas, cuando había otras prácticas alternativas»;
- ▶ STEDH *Aden Ahmed c. Malta*, de 23 de julio de 2013 (violación del artículo 3 del CEDH debido al riesgo de exposición al frío, la falta de personal femenino en el centro de detención, la falta total de acceso al aire libre y al ejercicio físico durante un período de hasta tres meses, el suministro de una dieta inadecuada y la vulnerabilidad particular de la demandante debido a su frágil salud y a sus circunstancias emocionales personales, dado que había sufrido anteriormente un aborto involuntario mientras se encontraba detenida y también estaba separada de su hijo pequeño).

iii. La detención de personas con discapacidad mental o física

Los detenidos, incluidos los migrantes, que padezcan enfermedades mentales o discapacidades físicas, especialmente cuando son causadas por una experiencia traumática, tortura o malos tratos, deben recibir las condiciones adecuadas en su detención y aquellos medicamentos que requieran en función de sus condiciones. El hecho de no facilitar una atención adecuada de salud mental o unas condiciones adecuadas de detención con respecto al nivel de la discapacidad del detenido puede equivaler a un trato inhumano o degradante contrario a las obligaciones del Estado en virtud del artículo 3 del CEDH. La evaluación del nivel de sufrimiento y del posible exceso del umbral de severidad del artículo 3 del CEDH, debe tener en cuenta la vulnerabilidad de la persona y su potencial falta de capacidad para poder quejarse de forma efectiva sobre su situación.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Musial c. Polonia*, de 20 de enero de 2009, párrafo 96: «Innegablemente, las personas detenidas que sufren un trastorno mental son más susceptibles al sentimiento de inferioridad y de impotencia. Por eso, se requiere de una mayor vigilancia para revisar si se ha cumplido o no con el Convenio. Si bien corresponde a las autoridades decidir, sobre la base de los protocolos reconocidos por la ciencia médica, los métodos terapéuticos que se utilizarán para preservar la

salud física y mental de los pacientes que sean incapaces de decidir por sí mismos, y por los que son en consecuencia responsables, dichos pacientes siguen estando bajo la protección del artículo 3 ... el Tribunal considera que el hecho de que las autoridades no internen al demandante durante la mayor parte su detención en un hospital psiquiátrico adecuado o en un centro de detención con un servicio psiquiátrico especializado lo ha expuesto innecesariamente a un riesgo para su salud y debe haberle causado estrés y ansiedad «;

- ▶ STEDH *Price c. Reino Unido*, de 10 de julio de 2001, párrafos 29-30: «El Tribunal considera que detener a una persona gravemente discapacitada en condiciones en las que pasa un frío peligroso para su salud, en las que le pueden salir llagas porque su cama es demasiado dura o está en un lugar inalcanzable, y no puede ir al baño o mantenerse limpio sino con la mayor de las dificultades, constituye un trato degradante contrario al artículo 3 del Convenio. Por lo tanto, estima la existencia en el presente asunto de una violación de esta disposición”;
- ▶ STEDH *Asalya c. Turquía*, de 15 de abril de 2014 (violación del artículo 3 del CEDH en el caso de un palestino parapléjico y preso en silla de ruedas detenido hasta su deportación, principalmente debido a las instalaciones inadecuadas - sin ascensores ni inodoros. El Tribunal consideró que las condiciones en las que al demandante se le negaron algunas de las necesidades mínimas de una vida civilizada, como dormir en una cama o poder usar el baño tantas veces como fuera necesario sin tener que depender de la ayuda de terceros, no eran compatibles con su dignidad humana y exacerbaron la angustia mental causada por la naturaleza arbitraria de su detención).

Estos principios han sido reiterados por el Consejo de Europa en la Recomendación nº. R (1998) 7 sobre los aspectos éticos y organizativos del cuidado de la salud en los medios penitenciarios, que establece que:

50. Los reclusos con discapacidades físicas graves y los de edad avanzada deberían ser acomodados de modo que se les permitiera una vida lo más normal posible y no deberían ser separados de la población penitenciaria general. Las alteraciones estructurales deberían efectuarse para ayudar a que la silla de ruedas se limite y se posicione en líneas similares a las del entorno exterior.

55. Los reclusos que padecen trastornos mentales graves deben ser mantenidos y atendidos en un centro hospitalario que esté adecuadamente equipado y que posea un personal debidamente capacitado ...⁶³

63. Comité de Ministros, 1998.

Además, a fin de proporcionar a los supervivientes de la tortura el tratamiento, las instalaciones, los servicios o la atención que necesiten, el Comité de Ministros ha recomendado que los detenidos sean examinados para identificar a posibles víctimas de la tortura. En la Recomendación núm. R (1998) 7, se afirma que «los solicitantes de asilo deben ser examinados desde el comienzo de su detención para identificar a las víctimas de la tortura y a las personas traumatizadas a fin de que se les pueda proporcionar el tratamiento y las condiciones adecuados».

e. El recurso judicial y la reparación

El derecho a un recurso judicial está expresamente garantizado por el artículo 5.4 del CEDH, según el cual «toda persona privada de su libertad mediante arresto o detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su detención y ordene su puesta en libertad si dicha detención fuera ilegal». El derecho a un recurso judicial asegura la protección de los derechos procesales y sustantivos del detenido y debe permitirle cuestionar los motivos y la legalidad de la detención, así como las condiciones de la detención.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Kurt c. Turquía*, 25 de mayo de 1998, párrafo 123: «lo que está en juego es tanto la protección de la libertad física de las personas como su seguridad personal en un contexto que, a falta de garantías, podría resultar en una subversión del Estado de Derecho y posicionar a los detenidos fuera del alcance de las formas más básicas de protección legal»;
- ▶ STEDH *Al-Nashif c. Bulgaria*, 20 de junio de 2002, párrafo 92: «el Tribunal reitera que toda persona privada de libertad tiene derecho a que los tribunales revisen la legalidad de su detención, independientemente de la duración de la reclusión. El requisito del Convenio de que un acto de privación de libertad sea susceptible a un control judicial independiente es de fundamental importancia en el contexto de la finalidad subyacente del artículo 5 del Convenio de proporcionar garantías contra la arbitrariedad. Lo que está en juego es tanto la protección de la libertad física de las personas como su seguridad personal»;
- ▶ STEDH *A. y otros c. Reino Unido (GS)*, de 19 de febrero de 2009, párrafo 202: «El artículo 5.4 ... faculta a una persona arrestada o detenida a entablar procedimientos que tengan en cuenta las condiciones

sustantivas y procesales que sean esenciales para la ‘legalidad’ de su privación de libertad»;

- ▶ STEDH *M. y otros c. Bulgaria*, de 26 de julio de 2011, párrafo 83: «el Tribunal reitera el requisito del Convenio de que un acto de privación de libertad sea susceptible a un control judicial independiente es de fundamental importancia en el contexto de la finalidad subyacente del artículo 5 del Convenio de prestar aquellas garantías contra la arbitrariedad»;
- ▶ STEDH *Suso Musa c. Malta*, de 23 de julio de 2013 (violación del artículo 5.4 del CEDH debido a la falta de un recurso acelerado sobre la legalidad de la detención del demandante. El Tribunal solicitó a las autoridades maltesas que estableciesen un mecanismo para permitir que los inmigrantes pudiesen obtener una decisión relativa a su recurso sobre la legalidad de su detención en un plazo de tiempo razonable);
- ▶ STEDH *Kim c. Rusia*, de 17 de julio de 2014 (violaciones de los artículos 5.1 y 5.4 del CEDH debido tanto a la falta de un procedimiento disponible para recurrir la detención del demandante como a la imposibilidad de ejecutar la orden de su expulsión).

El Tribunal ha interpretado la disposición del artículo 5.4 del CEDH, estableciendo los requisitos que emanan de ella. En este sentido, ha establecido que la legalidad de la privación de libertad debe ser lo suficientemente cierta y concisa, y que debe evaluarse a la luz de la legislación nacional y de los principios consagrados por el CEDH.

Ejemplos:

- ▶ TEDH, *A. y otros c. Reino Unido* (GS), 19 de febrero de 2009, párrafo 202: «El concepto de ‘legalidad’ del párrafo 4º del artículo 5 tiene el mismo significado que en el apartado 1º, de modo que la persona arrestada o detenida tiene derecho a un recurso sobre la «legalidad» de su detención a la luz no solo de los requisitos de la legislación nacional sino también del Convenio, los principios generales consagrados por él y la finalidad de las privaciones de libertad permitidas por el artículo 5.1»;
- ▶ STEDH *Chahal c. Reino Unido* (GS), de 15 de noviembre de 1996, párrafo 127: «El alcance de las obligaciones en virtud del apartado 4º del artículo 5 no es idéntico para todo tipo de privación de libertad. Este apartado se aplica especialmente para el reconocimiento del recurso judicial. No obstante, es evidente que el apartado 4º del artículo 5 no garantiza un derecho al recurso judicial de tal amplitud que faculte al tribunal para pronunciarse sobre todos los aspectos del caso, incluidas

las cuestiones de pura oportunidad, sustituyendo su propio criterio por el de la decisión de la autoridad competente. Sin embargo, el recurso debe ser lo suficientemente amplio como para apreciar aquellas condiciones que sean esenciales para la “legalidad” de la detención de una persona de conformidad con el apartado 1º del artículo 5”.

El derecho a un recurso judicial debe ser real y efectivo, tanto en la norma como en la práctica. Por lo tanto, debe ser efectivamente accesible, lo que significa que los obstáculos prácticos, como la falta de comprensión del idioma o de los procedimientos, no deben impedir que los migrantes detenidos ejerzan el citado derecho. Por lo tanto, para garantizar la posibilidad concreta de que el migrante pueda recurrir la detención, se le debe proporcionar asistencia jurídica y traducción cuando sea necesario. La necesidad de la accesibilidad también ha sido enfatizada por el Comité de Ministros, que ha dictaminado que «los solicitantes de asilo detenidos tendrán fácil acceso a un recurso efectivo contra la decisión de su detención, incluida la asistencia jurídica».⁶⁴ En cuanto a los menores, también es necesario que se garantice la designación de un tutor que asista a los menores no acompañados.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Nasrullojev c. Rusia*, de 11 de octubre de 2007, párrafo 86: «La existencia del recurso requerido por el artículo 5.4 debe ser lo suficientemente cierta, no solo en la teoría sino también en la práctica, sin la ausencia de la accesibilidad y la efectividad requeridas a los fines de la citada disposición. El acceso a un recurso implica, entre otras cosas, que las circunstancias voluntariamente creadas por las autoridades deben ser tales que permitan a los demandantes una posibilidad realista de ejercer el derecho a un recurso «;
- ▶ STEDH *Rahimi c. Grecia* de 5 de abril de 2011, párrafos 120-21 (la falta de acceso a un recurso judicial porque el folleto no se entregó en un idioma que el demandante pudiera entender; en la práctica, no podía contactar a un abogado, ya que era un acompañante menor y no le había sido nombrado ningún tutor);
- ▶ STEDH *A.M. c. Francia*, de 12 de julio de 2016 (falta de protección suficiente y efectiva contra el tratamiento arbitrario. El Tribunal observó que el tribunal administrativo francés no fue capaz de evaluar los actos originales por los que la víctima corría el riesgo de ser detenida, y sostuvo que se había producido una violación - en aplicación del

64. Comité de Ministros de 2009, Directriz XI.6.

artículo 5.4 del CEDH- debido a la insuficiencia de un recurso judicial interno que permitiese evaluar no solo la legalidad sino también la conveniencia de la detención).

Además, el control judicial debe ser llevado a cabo por un órgano judicial independiente e imparcial, y debe ser capaz de conducir a la liberación de la persona afectada cuando corresponda. Su representante legal o los propios detenidos deben poder comparecer ante los tribunales. El TEDH ha indicado, además, que los procedimientos deben tener un carácter contradictorio y deben prestar las garantías del debido proceso legal, como la igualdad de condiciones procesales. Además, durante la detención, el recurso judicial debe estar disponible en la mayor brevedad posible.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica* (Pleno), de 18 de junio de 1971, párrafo 79 (relativa al carácter judicial de los procedimientos y al hecho de que en el procedimiento se había prestado unas garantías significativamente inferiores a las existentes en materia penal en los Estados miembros del Consejo de Europa);
- ▶ STEDH *Bouamar c. Bélgica*, de 29 de febrero de 1988 (sobre el carácter judicial del recurso y la necesidad de asistencia jurídica);
- ▶ STEDH *Al-Nashif c. Bulgaria*, de 20 de junio de 2002, párrafo 92: «la persona interesada debe tener acceso a un tribunal y la oportunidad de ser oída en persona o mediante algún tipo de representación»;
- ▶ STEDH *Nasrullojev c. Rusia*, de 11 de octubre de 2007, párrafo 86: «el recurso debe estar disponible durante la detención de una persona para permitirle un control judicial rápido sobre la legalidad de la detención, capaz de conducir, cuando corresponda, a su liberación».

Una vez que finalice la privación de libertad, el derecho a recurrir la legalidad de la detención estará dentro del alcance del derecho a un recurso efectivo en virtud del artículo 13 del CEDH. Además, el derecho a recurrir las condiciones de la detención queda comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 3 del CEDH.

Ejemplo:

- ▶ STEDH *Slivenko c. Letonia* (GS), de 9 de octubre de 2003, párrafo 158: «El artículo 5.4 trata únicamente de los recursos que deben estar disponibles durante la detención de una persona para que la persona pueda obtener un recurso judicial rápido, sobre la legalidad de la detención, capaz de conducir, en su caso, a su liberación. La disposición no trata

de otros recursos que puedan servir para revisar la legalidad de un período de detención que ya ha finalizado, incluida, en particular, una detención de corta duración como en el presente caso.”

Además, las autoridades nacionales no pueden evitar el control efectivo de la legalidad de la detención por parte de los tribunales nacionales cada vez que afirman que se trata de un asunto de seguridad nacional o de terrorismo. En el caso *Chahal c. Reino Unido*, el Tribunal concluyó que, incluso aunque determinado material confidencial relativo a la seguridad nacional fuese empleado, las autoridades no quedaban libres del control judicial efectivo de las detenciones.⁶⁵ En otro asunto, el TEDH observó que hay mecanismos que pueden ser aplicados, ajustándose a las preocupaciones legítimas relativas a la seguridad nacional mientras se le otorga al individuo una medida sustancial de justicia procesal.⁶⁶

Ejemplo:

- ▶ STEDH *A. y otros c. Reino Unido* (GS), de 19 de febrero de 2009, párrafo 223: «en ninguno de los casos, las pruebas que supuestamente vinculaban el dinero recaudado con el terrorismo fueron reveladas a ninguno de los demandantes. En estas circunstancias, el Tribunal no considera que estos demandantes estuvieran en la posición de poder recurrir efectivamente las alegaciones en su contra. Por lo tanto, hubo una violación del artículo 5.4 con respecto a los demandantes primero y décimo.”

Finalmente, de conformidad con el artículo 5.5 del CEDH, «toda persona víctima de un arresto o detención contrarios a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación». El TEDH ha explicado que, para que se aplique el derecho a una reparación por detención ilegal, debe violarse el CEDH. En el asunto *Brogan y otros c. el Reino Unido*, el TEDH declaró que «en el presente caso, los demandantes fueron arrestados y detenidos legalmente de acuerdo con la legislación interna, pero vulnerando el párrafo 3 del artículo 5. Esta violación no pudo dar lugar, ni antes ni después de las estimaciones hechas por el Tribunal Europeo en la presente sentencia, a una reclamación de indemnización por las víctimas ante los tribunales nacionales».⁶⁷

65. STEDH *Chahal c. Reino Unido* (GS), de 15 de noviembre de 1996, párrafo 131.

66. STEDH *Al-Nashif c. Bulgaria*, de 20 de junio de 2002, párrafo 97.

67. STEDH *Brogan y otros c. Reino Unido* (Pleno), de 29 de noviembre de 1988, párrafo 67.

IV. Las condiciones de vida y los derechos económicos, sociales y culturales

La Carta Social Europea revisada también ha establecido una serie de derechos económicos, sociales y culturales para los migrantes que vivan en el territorio de un Estado contratante. El propio TEDH ha declarado recientemente que, a la luz de la situación de vulnerabilidad de los solicitantes de asilo, el hecho de que los Estados no adopten ninguna medida para aliviar el sufrimiento de las condiciones de vida extremadamente pobres podría constituir un trato inhumano o degradante. Además, el CEDS ha estimado que a los extranjeros se les debe garantizar los derechos a una vivienda, salud, educación y trabajo adecuados. La jurisprudencia de estos órganos ha contribuido, en algunos aspectos, a mejorar los derechos de los migrantes hasta unos niveles de vida mínimos.

El ámbito de aplicación personal de la Carta

En 2015, después de importantes avances en su jurisprudencia en relación con el ámbito de aplicación personal de la Carta,⁶⁸ el CEDS emitió una Declaración de interpretación sobre los derechos de los refugiados en virtud de la Carta Social Europea⁶⁹, en la que aclaró y resumió su doctrina al respecto. En ella, el Comité comienza destacando la «necesidad urgente e

68. El Comité ha interpretado la protección de ciertas disposiciones de la Carta, en particular en relación con el derecho a la salud y a la atención social y médica, el derecho a la vivienda y la protección contra la extrema pobreza y la exclusión social, como extensible a los menores extranjeros indocumentados, acompañados o no acompañados, y a los migrantes adultos indocumentados. Véase por ejemplo *Defense for Children International (DCI) v. Bélgica*, Reclamación Colectiva nº 69/2011, de 23 de octubre de 2012; CEDS, *Conferencia de Iglesias Europeas (CEC) c. Países Bajos*, Reclamación Nº 90/2013, de 1 de julio de 2014; CEDS, *Federación Europea de Organizaciones Nacionales que Trabajan Con Personas Sin Hogar (FEANTSA) c. Países Bajos*, de 2 de julio de 2014.

69. CEDS, *Declaración de interpretación sobre los derechos de los refugiados en virtud de la Carta Social Europea*, 5 de octubre de 2015 (elaborada durante la 280ª sesión del Comité Europeo de Derechos Sociales, 7-11 de septiembre de 2015).

incondicional de tratar con solidaridad y dignidad a los hombres, mujeres y niños que llegan al territorio europeo y que tienen un derecho en virtud del Derecho Internacional» a la protección de los Estados europeos como refugiados, de conformidad con la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. Además, el Comité destaca que todas las personas deben ser tratadas con dignidad y sin discriminación y que «la integración social y económica de cada individuo es una parte esencial de su derecho a una vida digna». Como tal, el CEDS declara que «los derechos garantizados por la Carta deben ser disfrutados por los refugiados en la mayor medida posible».

Con el mismo espíritu, el Comité recuerda que ciertos derechos garantizados por la Carta se aplican, más allá de los refugiados, a «otros grupos vulnerables», como a los migrantes indocumentados o a las personas apátridas. Tales derechos, que se consideran requisitos previos para la preservación de la dignidad humana de las personas, incluyen el artículo 13 (derecho a la asistencia social y médica⁷⁰), el artículo 17 (derecho de los niños y jóvenes a la protección social, jurídica y económica⁷¹) y el artículo 31 (derecho a la vivienda⁷²).

En el asunto *Defence for Children International (DCI) c. Bélgica*, al explicar sus razones para interpretar que la Carta ampliaba la protección del artículo 11 relativo al derecho de acceso a la salud de los menores extranjeros, el Comité reiteró que «el propósito de la Carta, como instrumento vivo dedicado a los valores de la dignidad, la igualdad y la solidaridad, es dar vida y significado en Europa a los derechos sociales fundamentales de todos los seres humanos». Posteriormente, argumentó que:» es precisamente a la luz de esa conclusión, que el Comité considera que debe adoptarse un enfoque teleológico al interpretar la Carta, es decir, es necesario buscar la interpretación de la Carta que sea la más adecuada para alcanzar y lograr la finalidad de este tratado, sin restringir las obligaciones de las Partes en la medida de lo posible».⁷³

70. CEDS, *Conferencia de Iglesias Europeas (CEC) c. los Países Bajos*, Reclamación n.º 90/2013, de 1 de julio de 2014.

71. CEDS, *Defence for Children International (DCI) c. Bélgica*, Reclamación Colectiva n.º 69/2011, de 23 de octubre de 2012.

72. CEDS, *Federación Europea de Organizaciones Nacionales que Trabajan con Personas sin Hogar (FEANTSA) c. Países Bajos*, de 2 de julio de 2014.

73. CEDS, *Defence for Children International (DCI) c. Bélgica*, Reclamación Colectiva n.º 69/2011, de 23 de octubre de 2012, párrafo 30.

a. La pobreza extrema y el respeto a la dignidad humana

Si bien no se pueden inferir niveles de vida específicos de los derechos garantizados por el CEDH, el Tribunal ha estimado que, en ciertos casos, las condiciones de extrema pobreza de las personas vulnerables, como los solicitantes de asilo, pueden constituir una violación del artículo 3 del CEDH. En el caso emblemático *M.S.S. c. Bélgica y Grecia (GS)*, el TEDH sostuvo que las condiciones de vida del solicitante en Grecia durante el examen de su solicitud, tomando en consideración su vulnerabilidad y la inacción del Estado, fueron equivalentes a un trato inhumano y degradante. El TEDH tomó nota del hecho de que el demandante había estado viviendo en la calle durante varios meses «sin recursos ni acceso a instalaciones sanitarias, y sin ningún medio para satisfacer sus necesidades esenciales», que había sido «víctima de un trato humillante que demuestra una falta de respeto por su dignidad», que, indudablemente, estaba sujeto al «miedo, la angustia o la inferioridad capaz de conducirlo a la desesperación»⁷⁴ y que, también, el Estado podría haber reducido este sufrimiento mediante un examen rápido de la solicitud de asilo.⁷⁵ Estos elementos, apreciados junto con la prolongada incertidumbre de una mejora de su situación, llevaron a la conclusión de que las condiciones de vida en que se encontraba el solicitante de asilo constituyeron una violación del CEDH.

El TEDH ha estimado, de este modo, la obligación de los Estados de proteger a los solicitantes de asilo que vivan en su territorio, y que no estén reclusos en centros de acogida o bajo detención administrativa, contra la extrema pobreza material, asegurándoles unos niveles de vida adecuados de conformidad con las normas internacionales y de la UE.⁷⁶

Además, el CEDS ha considerado que ciertos derechos económicos, sociales y culturales garantizados por la CSE (r) deberían ser garantizados a todas las personas presentes en el territorio de un Estado contratante, estimando que su aplicación está estrechamente relacionada con el derecho a la vida y que, por lo tanto, es fundamental:

Con respecto a la presente reclamación, el Comité tiene que decidir cómo debe interpretarse la restricción establecida en el Anexo en virtud del espíritu de la Carta, tal como se ha definido anteriormente. La restricción se relaciona con

74. STEDH *M.S.S. c. Bélgica y Grecia (GS)*, op. cit., párrafo 263.

75. *Ibid.*, Párrafo 262.

76. *Ibid.*, Párrafo 251. En relación con los solicitantes de asilo que se encuentren en centros de recepción o bajo detención administrativa, véase el Capítulo III. (c) (ii) del Manual («Las condiciones de la detención”).

una amplia variedad de derechos sociales establecidos en los artículos 1 al 17 y tiene un impacto diferente en cada uno de ellos. En las circunstancias de este caso particular, se está vulnerando un derecho de importancia fundamental para el individuo, ya que está conectado con el derecho a la vida misma y entronca con la propia dignidad del ser humano. Además, la restricción, en este caso, tiene un impacto adverso en los niños dado que están expuestos al riesgo de no recibir tratamiento médico⁷⁷.

Del mismo modo, en el asunto *Federación Europea de Organizaciones Nacionales que Trabajan con Personas sin Hogar (FEANTSA) c. los Países Bajos*, de 2014, sobre migrantes adultos en situación irregular y sin recursos adecuados, el Comité determinó que «la legislación y la política relativas al acceso a un albergue de emergencia había provocado una situación en la que a las personas sin hogar necesitadas de un techo no se les pudo ofrecer alojamiento a pesar de la existencia de una necesidad genuina». En consecuencia, el Comité consideró que se había producido una violación del artículo 30 de la Carta debido a la falta de prevención de la pobreza y de la exclusión social.⁷⁸

b. El derecho a la vivienda

i. La protección del derecho a la vivienda en virtud de la Carta Social Europea (revisada)

La CSE (r) garantiza el derecho a la vivienda en tres disposiciones: en el artículo 16, en el artículo 19.4 y en el artículo 31. Según el Anexo de la CSE (r), se reconoce el derecho a la vivienda solo a aquellos migrantes que residan de forma legal y a los nacionales de otro Estado contratante⁷⁹. No obstante, el CEDS ha dictaminado que la parte de la población que no cumpla con la definición del anexo no puede ser privada de sus derechos vinculados a la vida y a la dignidad reconocidos en la CSE (r).⁸⁰

77. CEDS, *Federación Internacional de los Derechos Humanos c. Francia*, Reclamación n.º 14/2003 (fondo), de 3 de noviembre de 2004, párrafo 30.

78. CEDS, *Federación Europea de Organizaciones Nacionales que Trabajan con Personas Sin Hogar (FEANTSA) c. Los Países Bajos*, de 2 de julio de 2014, párrafos 219 y 220.

79. Anexo de la Carta Social Europea (revisada) (Ámbito de aplicación, párrafo 1): « Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, párrafo 4, y en el artículo 13, párrafo 4, las personas a que se refieren los artículos 1 a 17 y 20 a 31 sólo comprenden a los extranjeros que, siendo nacionales de otras Partes, residen legalmente o trabajan habitualmente dentro del territorio de la Parte interesada, entendiéndose que los artículos citados se interpretarán a la luz de las disposiciones contenidas en los artículos 18 y 19».

80. CEDS, *COHRE c. Italia*, Reclamación n.º 58/2009 (fondo), de 25 de junio de 2010, párrafo 33.

El derecho a la vivienda de las familias está establecido en el artículo 16 de la CSE (r). Los Estados se comprometen a promover la protección económica, jurídica y social de la vida familiar mediante, entre otras, la prestación de una vivienda familiar. Para cumplir con el artículo 16, los Estados deben promover la prestación de un suministro adecuado de viviendas para las familias, tomar en cuenta las necesidades de las familias en sus políticas de vivienda y garantizar que las viviendas existentes cumplan con un nivel adecuado e incluyan los servicios esenciales (como calefacción y electricidad). La noción de vivienda adecuada no se refiere solo a una vivienda que no sea inferior a la norma y que tenga los servicios esenciales, sino también a una vivienda de tamaño adecuado que tenga en cuenta la composición de la familia que resida en ella. Además, la obligación de promover y proporcionar una vivienda se extiende a la seguridad contra el desalojo ilegal.⁸¹

Ejemplos:

- ▶ CEDS, *Centro Europeo de Derechos de los Romaníes (ERRC) c. Bulgaria*, Reclamación n.º 31/2005 (fondo), de 18 de octubre de 2006 (situación relativa a la prestación de viviendas inadecuadas a familias romaníes, a la falta de servicios adecuados, a la falta de seguridad jurídica en la posesión de las viviendas y al incumplimiento de las condiciones que acompañan al desalojo de las familias romaníes de las viviendas ocupadas ilegalmente por ellos, constituyendo una violación del artículo 16 junto con el artículo E relativo a la prohibición de discriminación);
- ▶ CEDS, *Centro Europeo de Derechos de los Romaníes (ERRC) c. Francia*, Reclamación n.º 51/2008 (fondo), de 19 de octubre de 2009, párrafo 88: «el Comité considera que la población afectada por esta reclamación colectiva le (formada por personas nómadas) incluye, incuestionablemente, a las familias. En vista del alcance que constantemente se ha atribuido al artículo 16 en lo que respecta a la vivienda de la familia, las conclusiones de una violación del artículo 31, o del artículo E en relación con el artículo 31, equivalen a una constatación de que se ha incumplido también el artículo 16 y el artículo E en relación con el artículo 16.”

Además, el derecho a la igualdad de trato para los trabajadores migrantes en términos de vivienda social está expresamente previsto en el artículo 19.4 (c) de la CSE (r). Conforme a esta disposición, los Estados se comprometen a erradicar toda discriminación legal y de facto en relación con el acceso tanto a la vivienda pública como a la privada. No debe haber restricciones

81. CEDS, *ERRC c. Grecia*, Reclamación n.º 15/2003 (fondo), de 8 de diciembre de 2004, párrafo 24.

jurídicas ni fácticas en la compraventa de una vivienda,⁸² ni en el acceso a viviendas subvencionadas o a las ayudas a la vivienda, como préstamos u otras asignaciones.⁸³ Además, según el CEDS, los artículos 19.4 (c) y 31 se superponen con respecto a varios aspectos del derecho a la vivienda.

Ejemplo:

- ▶ CEDS, *Centro Europeo de Derechos de los Romaníes (ERRC) c. Francia*, Reclamación n.º 51/2008 (fondo), de 19 de octubre de 2009, párrafo 112: «el Comité ya se ha pronunciado sobre la situación de los derechos a la vivienda de las personas nómadas en esta decisión en virtud del artículo 31. Sus conclusiones al respecto también se aplican a los migrantes romaníes que residan legalmente en Francia. En consecuencia, el Comité considera que las conclusiones de una violación del artículo 31 equivalen a una constatación de que también se ha violado el artículo 19.4c”.

Finalmente, el derecho a la vivienda está expresamente previsto en el artículo 31 de la CSE (r) que garantiza que los Estados tomen las medidas necesarias para:

- ▶ favorecer el acceso a la vivienda de un nivel suficiente;
- ▶ prevenir y paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación;
- ▶ hacer asequible el precio de las viviendas a las personas que no dispongan de recursos suficientes.

Según la interpretación que el CEDS ha emitido del artículo 31, los Estados disfrutaban de «un margen de apreciación para determinar los pasos que deben darse para garantizar el cumplimiento de la Carta, en particular, en lo que respecta al equilibrio entre el interés general y el interés de un grupo específico y las opciones que deben tomarse en términos de prioridades y recursos».⁸⁴ Además, en el caso *Movimiento Internacional ATD Cuarto Mundo c. Francia*,⁸⁵ el Comité explicó que, aunque los Estados no estén vinculados por una obligación de resultado, el derecho a la vivienda establecido en el artículo 31 de la CSE (r) crea para los Estados la obligación de:

82. CEDS, «Conclusiones 2004», Noruega.

83. CEDS, «Conclusiones 2003», Italia.

84. CEDS, *ERRC c. Bulgaria*, Reclamación n.º 31/2005 (fondo), de 18 de octubre de 2006, párrafo 35.

85. CEDS, *Movimiento Internacional ATD Cuarto Mundo c. Francia*, Reclamación n.º 33/2006 (fondo), de 5 de diciembre de 2007, párrafo 59.

- ▶ adoptar los medios jurídicos, financieros y operativos necesarios para garantizar un progreso constante hacia el logro de los objetivos establecidos en la Carta;
- ▶ mantener estadísticas significativas sobre necesidades, recursos y resultados;
- ▶ realizar revisiones periódicas del impacto de las estrategias adoptadas;
- ▶ establecer un cronograma y no diferir indefinidamente el plazo para alcanzar los objetivos de cada etapa;
- ▶ prestar especial atención al impacto de las políticas adoptadas sobre cada una de las categorías de personas afectadas, especialmente las más vulnerables.

Con respecto al acceso a una vivienda adecuada previsto en el artículo 31.1, el informe explicativo de la CSE (r) estima que «por vivienda de un ‘nivel adecuado’ se entiende aquella vivienda que es de un nivel aceptable en lo que respecta a los requisitos relativos a la salud». El Comité ha especificado, además, que la noción de «vivienda adecuada» debería definirse en una ley nacional y debería garantizar que:

1. la vivienda sea segura desde un punto de vista sanitario y de salud, es decir, que posea todos los servicios básicos como agua, calefacción, sistema de eliminación de residuos, instalaciones de saneamiento, electricidad;
2. la vivienda no esté saturada, cuyo tamaño sea adecuado en función del número de personas y la composición de la familia que en ella residen;
3. la vivienda cuente con un título de posesión seguro y respaldado por la ley. Esta cuestión está cubierta por el artículo 31.2.⁸⁶

El CEDS también ha insistido en la necesidad de que las autoridades tomen en consideración el impacto de sus políticas sobre aquellos grupos vulnerables, individuos y familias que se enfrenten a la exclusión y a la pobreza,⁸⁷ y que aseguren la igualdad de trato para las «personas con bajos ingresos, las personas desempleadas, los hogares monoparentales, los jóvenes y las personas con discapacidad, incluidas las personas con problemas de salud mental».⁸⁸

De conformidad con el artículo 31.2 de la CSE (r), los Estados también deben tomar medidas para proteger a las personas vulnerables de la falta de vivienda.

86. CEDS, «Conclusiones 2003», Francia; CEDS, *ERRC c. Bulgaria*, Reclamación N° 31/2005 (fondo), de 18 de octubre de 2006, párrafo 34.

87. CEDS 2008, conformidad con el artículo 31, p. 170.

88. CEDS, «Conclusiones 2003», Italia.

Esta obligación plantea la cuestión de los desalojos forzosos, definidos como la privación de una vivienda por insolvencia u ocupación ilícita.⁸⁹ Para evitar la falta de vivienda, los desalojos forzosos deben regirse por normas específicas y deben estar sujetos a ciertas garantías y restricciones, tales como la prohibición de llevar a cabo el desalojo forzoso por la noche o durante el invierno. Además, los Estados tienen la obligación de comunicar un aviso razonable a la persona interesada, así como de consultar con ella las otras alternativas existentes al desalojo. En cualquier caso, cuando se produzca el desalojo, las autoridades deben garantizar el respeto a la persona desalojada y adoptar medidas para ayudar financieramente a la persona o para que encuentre otra vivienda. Además, la prestación de un refugio temporal no se ha considerado como satisfactorio, esperándose de los Estados que adopten medidas que eviten el retorno a la falta de vivienda.⁹⁰

Además, el CEDS ha dictaminado que el derecho a la vivienda (artículo 31.2 de la CSE (r)) se reconoce a todos los migrantes, independientemente de su condición.⁹¹ Se exige que el Estado contratante suministre un albergue siempre y cuando los migrantes indocumentados estén bajo su jurisdicción y no pueda proporcionarles una vivienda. El albergue no implica el mismo nivel de privacidad, vida familiar o idoneidad que el nivel de una «vivienda adecuada», pero debe «satisfacer las demandas de seguridad, salud e higiene, incluidos los servicios básicos, es decir, agua limpia, iluminación y calefacción suficientes. Los requisitos básicos de la vivienda temporal también incluyen la seguridad del entorno inmediato».⁹²

En el asunto *Conferencia de Iglesias Europeas (CIE) c. los Países Bajos*⁹³, el CEDS observó que la gran mayoría de los migrantes indocumentados sin recursos, que no habían sido devueltos, no recibían generalmente alojamiento y se les negaba la asistencia médica tanto en la legislación como en la práctica. Reiterando que «el derecho a un alojamiento de emergencia está estrechamente relacionado con la dignidad humana de todas las personas, independientemente de su condición de residente»⁹⁴, el Comité

89. CEDS, «Conclusiones 2003», Suecia.

90. CEDS, «Conclusiones 2003», Italia.

91. CEDS, *Defense for Children International (DCI) c. los Países Bajos*, Reclamación n.º 47/2008 (fondo), de 20 de octubre de 2009, párrafos 46-48.

92. *Ibid.*, párrafo 62.

93. CDES, *Conferencia de Iglesias Europeas (CIE) c. los Países Bajos*, Reclamación n.º 90/2013, de 1 de julio de 2014.

94. *Ibid.*, párrafo 144.

consideró que la situación no era conforme con el artículo 13.4 (derecho a la asistencia social y médica) ni con el artículo 31.2 (derecho a la vivienda). El Comité declaró que los Estados Partes en la Carta deben prestar la asistencia apropiada en un corto plazo a las personas en una situación de necesidad inmediata y urgente y, explicando que este criterio no debe interpretarse de manera demasiado restrictiva, introdujo una serie de requisitos que no son necesarios para el disfrute de tal derecho, como la duración de la presencia en el territorio de un Estado o la condición de una persona.⁹⁵

Ámbito de aplicación del derecho a la vivienda en virtud de la CSE (r)

- ▶ En principio, el derecho a la vivienda solo se aplica a los migrantes que residen legalmente y a los nacionales de otro Estado Parte (artículo 31).
- ▶ Todos los trabajadores migratorios y sus familias tienen derecho a la igualdad de trato con respecto a la vivienda social (artículo 19).
- ▶ Todos los menores, incluidos los que se encuentran ilegalmente en el territorio de un Estado Parte, tienen derecho a la vivienda (artículo 31.2).
- ▶ Todas las personas tienen derecho a un refugio temporal a la luz del derecho a la dignidad humana (artículo 31.2).

Del mismo modo, en 2014, el Comité determinó que los Países Bajos habían negado de forma desproporcionada el derecho a la asistencia de emergencia a los migrantes (tanto en situación regular como irregular) utilizando criterios restrictivos para dirigirse a los «grupos vulnerables» respecto a los cuales, de hecho, todas las personas en la jurisdicción del Estado tienen derecho a un alojamiento de emergencia. Recordó que «el derecho a un alojamiento de emergencia y a cualquier otro tipo de asistencia social de emergencia no se limita a aquellas personas pertenecientes a grupos vulnerables, sino que se extiende a todas las personas en una situación precaria de conformidad con su Dignidad humana.»⁹⁶ El Comité concluyó que se había habido una violación del artículo 31.2 de la CSE (r) que consagra el derecho a la vivienda.

Por último, el derecho a la vivienda debe concederse a todos los menores no acompañados (indocumentados) porque, como declaró el CEDS

95. *Ibid.*, párrafo 105.

96. CEDS, *Federación Europea de Organizaciones Nacionales que Trabajan con las Personas sin Hogar (FEANTSA) c. los Países Bajos*, de 2 de julio de 2014, párrafos 169.

en referencia a los artículos 31.2 y 17.1 (c) de la CSE (r),⁹⁷ «el derecho a la vivienda está estrechamente relacionado con el derecho a la vida y es crucial para el respeto de la dignidad humana de cualquier persona. El Comité observa que, si todos los menores son vulnerables, crecer en las calles deja al menor en una situación de total impotencia. Por lo tanto, considera que los menores se pueden afectados negativamente por la denegación del derecho a la vivienda».⁹⁸

En el asunto *Defense for Children International (DCI) c. Bélgica*⁹⁹, de 2012, la organización demandante alegó que determinados niños extranjeros, independientemente de si vivían acompañados o de si eran residentes ilegales o solicitantes de asilo en Bélgica, habían sido excluidos de la asistencia social en violación de diferentes disposiciones de la CSE. Observando la «falta persistente de prestar ofrecer protección a estos menores», el Comité consideró que el Gobierno no había «tomado las medidas necesarias y apropiadas para garantizar el cuidado y la asistencia que los menores en cuestión necesitan y para protegerlos de la negligencia, violencia o explotación, constituyendo una grave amenaza para el disfrute de sus derechos más básicos, como el derecho a la vida, a la integridad física y psicológica y al respeto de la dignidad humana.» En consecuencia, concluyó el Tribunal que se había producida una vulneración de los artículos 17, 7.10, 11.1 y 3 de la CSE (r).¹⁰⁰

Otros ejemplos:

- ▶ CEDS, *Federación Europea de Organizaciones Nacionales que Trabajan con Personas sin Hogar (FEANTSA) c. Francia*, Reclamación n.º 39/2002 (fondo), de 5 de diciembre de 2007 (violación del artículo 31.1; insuficiente progreso en lo que respecta a la erradicación de la vivienda en condiciones inferiores a la norma y falta de servicios adecuados en un elevado número de hogares, y del artículo 31.2; aplicación insatisfactoria de la legislación sobre prevención de desalojos, falta de medidas para proporcionar soluciones de realojamiento a las familias desalojadas e insuficiencia de medidas actualmente en vigor para

97. El artículo 17.1 (c) CSE (r) establece que los Estados “se comprometen a adoptar, bien directamente o bien en cooperación con las organizaciones públicas o privadas, todas las medidas necesarias y adecuadas encaminadas...c) a garantizar una protección y una ayuda especial por parte del Estado a los niños y adolescentes que se vean privados temporal o definitivamente del apoyo de su familia”.

98. CEDS, *Defense for Children International (DCI) c. los Países Bajos*, óp. cit., párrafos 47-48.

99. CEDS, *Defense for Children International (DCI) c. Bélgica*, Reclamación colectiva n.º 69/2011, de 23 de octubre de 2012.

100. *Ibíd.*, Párrafos 82, 97 y 117.

reducir el número de personas sin hogar, tanto en términos cuantitativos como cualitativos);

- ▶ CEDS, *Centro Europeo de Derechos de los Romaníes (ERRC) c. Francia*, Reclamación Nº. 51/2008 (fondo), de 19 de octubre de 2009 (violación del artículo 31.1-falta de creación de un número suficiente de lugares de parada, malas condiciones de vida y fallos operativos en estos lugares, así como falta de acceso a la vivienda para el establecimiento de las personas nómadas- y del artículo 31.2 -procedimiento de desalojo y otras sanciones).

Finalmente, de acuerdo con el artículo 31.3 CSE (r), la vivienda debe ser accesible para quienes carecen de recursos adecuados, es decir, para aquellos que no cuenten con los recursos necesarios para vivir una vida digna y satisfacer sus necesidades básicas de manera adecuada.¹⁰¹ Más específicamente, el CEDS estimó que «la vivienda es asequible si los inquilinos puede pagar los gastos iniciales (depósito, alquiler adelantado), el alquiler actual y/u otros gastos relacionados con la vivienda (por ejemplo, servicios públicos, mantenimiento y cargos administrativos) a largo plazo, mientras sigan siendo capaces de mantener un nivel de vida mínimo, de acuerdo con los niveles definidos por la sociedad en la que se encuentren».¹⁰² Además, los Estados deben adoptar aquellas medidas para la prestación de viviendas sociales, especialmente para los más desfavorecidos, y de subvenciones para la vivienda de las personas y las familias con bajos ingresos, pero también asegurar que los plazos de espera no sean excesivos y que haya recursos, tanto de naturaleza judicial como de otra índole, disponibles en caso de denegación de los beneficios de vivienda o de dilaciones excesivas. Estos derechos deben aplicarse de manera no discriminatoria.

Ejemplos:

- ▶ CEDS, *Federación Europea de Organizaciones Nacionales que Trabajan con Personas sin Hogar (FEANTSA) c. Francia*, Reclamación n.º 39/2002 (fondo), de 5 de diciembre de 2007 (violación del artículo 31.3 -en relación con el suministro insuficiente de viviendas sociales accesibles a grupos con bajos ingresos y funcionamiento defectuoso del sistema de asignación de viviendas sociales, así como de los recursos relacionados- en conjunción con el artículo E – sobre la prohibición de discriminación y la aplicación deficiente de la legislación sobre los lugares destinados para la parada para personas nómadas-);

101. CEDS, 2008, Interpretación del artículo 13, p. 102.

102. CEDS, «Conclusiones 2003», Suecia.

- ▶ CEDS, *Centro Europeo de Derechos de los Romaníes (ERRC) c. Grecia*, Reclamación n.º 15/2003 (fondo), de 8 de diciembre de 2004 (violación del derecho a una vivienda adecuada, aunque se trate de un derecho de realización progresiva, dado que el Estado no podía satisfacer ni las normas mínimas con respecto a los romaníes);
- ▶ CEDS, *Centro Europeo de Derechos de los Romaníes (ERRC) c. Italia*, Reclamación n.º 27/2004 (fondo), de 7 de diciembre de 2005 (violación del derecho a una vivienda adecuada -insuficiencia de los lugares de acampada, desalojos forzosos y sanciones y falta de viviendas permanentes) en conjunto con la prohibición de discriminación).

En resumen, el derecho a la vivienda consagrado en la CSE(r) está garantizado por tres disposiciones (los artículos 16, 19.4 (c) y 31) que ofrecen parcialmente la misma protección. El CEDS considera que los artículos 16 y 31, aunque sean diferentes en cuanto a su ámbito de aplicación personal y material, del mismo modo que lo hacen los artículos 19.4 (c) y 31, se superponen en parte con respecto a varios aspectos del derecho a la vivienda.¹⁰³

Ejemplo:

- ▶ CEDS, *Centro Europeo de Derechos de los Romaníes (ERRC) c. Francia*, Reclamación n.º 51/2008 (fondo), de 19 de octubre de 2009, párrafo 88: «el Comité considera que la población afectada por esta reclamación colectiva (personas nómadas) incluye incuestionablemente a las familias. En vista del alcance que constantemente se le ha atribuido al artículo 16 en lo que respecta a la vivienda de la familia, las conclusiones de una violación del artículo 31, o del artículo E en relación con el artículo 31, equivalen a una constatación de que se ha incumplido también con el artículo 16 y con el artículo E en relación con el artículo 16. «

ii. La protección del derecho a la vivienda en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos

El derecho a la vivienda de la CSE (r) tiene una comprensión material determinada y difiere del significado más teórico del derecho al respeto de la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH, que no garantiza unas condiciones de vida mínimas, sino que garantiza el respeto al domicilio. Como lo destacó el TEDH, el artículo 8 del CEDH tampoco garantiza el derecho a tener una vivienda. En cuanto al derecho a la propiedad del artículo 1 del Protocolo

103. CEDS, *ERRC c. Bulgaria*, Reclamación N.º 31/2003 (fondo), de 16 de octubre de 2006, párrafo 17.

n.º 1 del CEDH, su aplicación requiere los derechos de propiedad y titularidad sobre la vivienda en cuestión.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Chapman c. Reino Unido* (GS), de 18 de enero de 2001, párrafo 99 (el artículo 8 CEDH no permite deducir el derecho a tener una vivienda);
- ▶ STEDH *Dogan y otros c. Turquía*, de 29 de junio de 2004, párrafos 138-39.

Sin embargo, los derechos recogidos por el CEDH no son irrelevantes para los migrantes ni para su derecho a la vivienda, ya que el Tribunal de Estrasburgo ha aplicado el derecho del artículo 8 del CEDH a la protección contra los desalojos forzosos y la destrucción de viviendas. El TEDH ha sostenido que tales medidas están sujetas al principio de proporcionalidad y que, por lo tanto, deben estar previstas por la ley, perseguir un objetivo legítimo y ser proporcionadas y necesarias en una sociedad democrática.¹⁰⁴ El Tribunal ha establecido una serie de ejemplos de aquellos criterios que deben tomarse en consideración a la hora de evaluar dicha proporcionalidad, como el establecimiento ilegal en la vivienda o la existencia de un alojamiento alternativo.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Akdivar y otros c. Turquía* (GS), de 16 de septiembre de 1996 (protección contra el derribo de una vivienda con arreglo al artículo 8 del CEDH);
- ▶ STEDH *Mentes c. Turquía* (GS), de 28 de noviembre de 1997 (protección contra el desalojo forzoso en virtud del artículo 8 del CEDH);
- ▶ STEDH *Chapman c. Reino Unido* (GS), de 18 de enero de 2001, párrafo 102 (prueba de la proporcionalidad y de la relevancia del hecho de que el hogar se estableció ilegalmente) y párrafo 103 (alojamiento alternativo);
- ▶ STEDH *Connors c. Reino Unido* de 27 de mayo de 2004, párrafo 83 (garantías procesales para un proceso equitativo).

c. El derecho a la salud y a la asistencia social y médica

El derecho a la protección de la salud está expresamente garantizado por el artículo 11 de la CSE (r), que establece que:

... las Partes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para, *entre otros fines*:

104. Véase el Capítulo VI (b) del Manual («Los derechos sustantivos de los migrantes”).

1. eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente;
2. establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimar el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma;
3. prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras, así como los accidentes.

El derecho a la protección de la salud de la CSE (r) está «inextricablemente vinculado»¹⁰⁵ con el derecho a la vida y con la prohibición de la tortura y los tratos o penas inhumanos o degradantes establecidos, respectivamente, en los artículos 2 y 3 del CEDH. Esta protección está vinculada porque se deriva del valor fundamental de la dignidad humana, que es el núcleo del Derecho europeo positivo de los derechos humanos.

En el asunto *FIDH c. Francia*, el Comité destacó esta conexión y afirmó que la protección de la salud es un «requisito previo para la preservación de la dignidad humana».¹⁰⁶

En la interpretación que el CEDS ha emitido sobre el artículo 11.1 de la CSE (r) sobre la obligación de erradicar, en la medida de lo posible, las causas de una salud precaria se establecen ciertos derechos, como el derecho al más alto nivel de salud posible y el derecho de acceso al cuidado de la salud. El nivel de salud más alto posible se debe entender como el mejor estado de salud posible para la población de acuerdo con los conocimientos existentes, tanto a nivel físico como a nivel de bienestar mental. En consecuencia, los Estados tienen la obligación de tomar medidas para prevenir todos los riesgos evitables, incluidas las amenazas ambientales. Además, el CEDS ha establecido una serie de indicadores para evaluar el sistema de asistencia sanitaria general de un país, como la esperanza de vida, las principales causas de fallecimiento y la mortalidad tanto infantil como materna.

Ejemplos:

- ▶ CEDS, «Conclusiones XV-2», Dinamarca, pp. 126-29 (sobre los riesgos para la salud que pueden controlarse mediante la acción humana);
- ▶ CEDS, «Conclusiones 2005», Lituania, pp. 336-38 (indicadores);
- ▶ CEDS, «Conclusiones 2003», Rumanía, p. 390 (la mortalidad infantil y la materna como indicadores).

105. CEDS, 2008, Interpretación del artículo 11 de la CSE (r), p. 83.

106. CEDS, *Federación Internacional de los Derechos Humanos (FIDH) c. Francia*, óp. cit., párrafo 31

La segunda consecuencia de la obligación de erradicar las causas de las enfermedades, en la medida de lo posible, es el derecho de acceso a la asistencia sanitaria. El acceso efectivo a la asistencia sanitaria para todos y sin discriminación ha sido reconocido como un indicador para medir el éxito de los servicios sanitarios. Sobre esta cuestión, el CEDS ha aclarado que el ámbito de aplicación limitado de la CSE (r), en relación con las personas a las que afecta, establecido en el Anexo de la CSE (r), no debería afectar a los grupos desfavorecidos y que, a la luz de otros tratados internacionales ratificado por todas las Partes, en particular el CEDH, los derechos de la CSE (r) deberían extenderse también a los extranjeros sin distinción. El Comité ha estimado que:

las Partes en la Carta (en su versión de 1961 y en la revisada de 1996) han garantizado a los extranjeros no cubiertos por la Carta derechos de naturaleza idéntica o inseparable de los de la Carta mediante la ratificación de los tratados de derechos humanos, en particular el Convenio Europeo de Derechos Humanos, o mediante la adaptación de normas nacionales, ya sean constitucionales, legislativas o de otro tipo, sin la distinción entre las personas a la que se hace referencia explícitamente en el Anexo y otras personas extranjeras. Al hacerlo, las Partes han asumido tales obligaciones.¹⁰⁷

El derecho de acceso a la asistencia sanitaria se ha interpretado de tal modo que se requiere que el coste de la asistencia sanitaria no constituya una carga financiera excesiva para las personas, especialmente para los más desfavorecidos, de forma que la comunidad deba tener al menos que responder a una parte de ella. Se deben tomar medidas para evitar demoras innecesarias en la prestación de la asistencia sanitaria y para asegurar que haya disponible un número adecuado de profesionales y de equipos adecuados para garantizar unas condiciones satisfactorias compatibles con la dignidad humana.¹⁰⁸

El CEDS revisa sistemáticamente los niveles de accesibilidad a la asistencia sanitaria por parte de toda la población de los diferentes Estados Partes¹⁰⁹, solicitándoles que le mantengan informado sobre las medidas más importantes adoptadas para mejorar el acceso a la asistencia sanitaria por parte de los grupos más desfavorecidos, incluidos los migrantes.¹¹⁰ El Comité también verifica si el acceso a la asistencia se garantiza por igual tanto a los

107. CEDS, «Conclusiones 2004», «Introducción general», p. 10.

108. CEDS, 2008, Interpretación del Artículo 11, p. 83.

109. CEDS, «Conclusiones 2009», Malta.

110. CEDS, «Conclusiones XVII-2», Alemania. CEDS, «Conclusiones 2009», Reino Unido.

nacionales del Estado Parte como a los nacionales de otros Estados Partes, que residan legalmente o que trabajen de forma regular en el territorio.¹¹¹

De conformidad con el artículo 11.2 CSE (r), los Estados Partes tienen la obligación de establecer servicios educativos y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de la responsabilidad individual en lo concerniente a la misma, lo que implica la obligación de concienciar a través de la educación, la información y la participación ciudadana. Además, requiere que los Estados lleven a cabo reconocimientos médicos y que faciliten asesoramiento a través de consultas y revisiones médicas periódicas y gratuitas.¹¹²

En cuanto a la tercera obligación que la CSE (r) impone relativa al derecho a la protección de la salud, que constituye la prevención, en la medida de lo posible, de enfermedades epidémicas, endémicas y de otro tipo, así como de accidentes, el Comité también ha establecido una serie de medidas que las Partes deben adoptar. Según las conclusiones del CEDS, los Estados deben adoptar medidas para garantizar un medio ambiente saludable, restringir el consumo de tabaco, alcohol y otras drogas, llevar a cabo programas de vacunación que sean ampliamente accesibles, garantizar la vigilancia epidemiológica y prevenir, en la medida de lo posible, los diferentes tipos de accidentes (en el trabajo, la escuela, el hogar, las carreteras, etc.).¹¹³ El CEDS también verifica si las actividades específicas de sensibilización afectan a los migrantes.¹¹⁴

Como se mencionó anteriormente, el derecho a la salud también está protegido por los artículos 2 y 3 del CEDH. En esta línea, el TEDH ha estimado, en diferentes ocasiones, que, teniendo en cuenta la obligación de los Estados de prestar asistencia sanitaria a toda la población, sus actos y omisiones con respecto a sus respectivas políticas de asistencia sanitaria conllevan responsabilidad. Por ejemplo, arriesgar la vida de una persona al negarle el acceso a la asistencia sanitaria puede constituir una violación del artículo 2 del CEDH. Los Estados también tienen el deber de garantizar que los hospitales adopten las medidas adecuadas para proteger la vida de sus pacientes y para garantizar un medio ambiente saludable. Además, el TEDH ha determinado que una financiación insuficiente para el tratamiento de la salud podría plantear un problema en virtud del artículo 8 que consagra el derecho al respeto de la vida privada y familiar.

111. CEDS, «Conclusiones 2009», Alemania y Dinamarca.

112. *Ibíd.*, pp. 84-85.

113. *Ibíd.*, pp. 85-88.

114. CEDS, «Conclusiones 2007», Irlanda.

Ejemplos:

Sobre una financiación suficiente - artículo 8 del CEDH:

- ▶ TEDH, *Sentges c. Los Países Bajos*, Demanda n.º 27677/02, Decisión de 8 de julio de 2003;
- ▶ TEDH *Pentiacova y otros c. Moldavia*, Demanda n.º 14462/03, Decisión de 4 de enero de 2005.

Sobre la denegación de la asistencia sanitaria: artículo 2 del CEDH:

- ▶ STEDH *Chipre contra Turquía* (GS), de 10 de mayo de 2001, párrafo 219;
- ▶ TEDH *Powell c. Reino Unido*. Demanda n.º 45305/99, Decisión de 4 de mayo de 2000;
- ▶ TEDH *Nitecki c. Polonia*. Demanda n.º 65653/01, Decisión de 21 de marzo de 2002.

Sobre las regulaciones del hospital y la protección de las vidas de los pacientes:

- ▶ STEDH *Calvelli y Ciglio c. Italia* (GS), 17 de enero de 2002, párrafo 49;
- ▶ TEDH *Erikson c. Italia*. Demanda n.º 37900/97, Decisión de 26 de octubre de 1999;
- ▶ TEDH *Nitecki c. Polonia*, Demanda n.º 65653/01, Decisión de 21 de marzo de 2002.

Sobre el derecho a un medio ambiente saludable en virtud de los artículos 2 y 8 del CEDH:

- ▶ STEDH *López Ostra c. España*, de 9 de diciembre de 1994, párrafos 51-58 (artículo 8 del CEDH);
- ▶ STEDH *Öneryildiz c. Turquía* (GS), de 30 de noviembre de 2004, párrafos 71, 90, 94-96 (artículo 2 del CEDH).

La CSE (r) establece una distinción entre el derecho a la seguridad social y el derecho a la asistencia social y médica. Estos derechos, y las obligaciones que conllevan, están previstos, respectivamente, en los artículos 12 y 13 de la CSE (r).¹¹⁵

La redacción de la CSE(r) no contiene en sí misma ninguna indicación específica sobre el alcance de cada uno de estos conceptos («seguridad social»

115. Véase también el Capítulo IV (c) del Manual («El derecho a la salud y asistencia social y médica”).

y «asistencia social».¹¹⁶ Si bien se tienen en cuenta las opiniones del Estado en cuestión sobre si una determinada prestación debe considerarse como asistencia social o como seguridad social, la CSE (r) le otorga mayor atención al propósito y a las condiciones asociadas con la prestación en cuestión. Se considera, por lo tanto, como asistencia social, aquellas prestaciones para las cuales la necesidad individual es el principal criterio de elegibilidad, sin ningún requisito de afiliación a un régimen de seguridad social específico destinado a cubrir un riesgo particular o ningún otro requisito de actividad profesional o de pago de contribuciones. Además, como lo demuestra el artículo 13.1 de la CSE (r), se brinda asistencia cuando ninguna prestación de la seguridad social garantice que la persona en cuestión tenga suficientes recursos o medios para sufragar el coste del tratamiento necesario relativo a su estado de salud. La CSE (r) considera que la seguridad social (artículo 12), que incluye tanto los regímenes universales como los profesionales, cubre tanto las prestaciones contributivas, las no contributivas como las combinadas relacionadas con determinados riesgos (enfermedad, incapacidad, maternidad, familia, desempleo, vejez, muerte, viudez, accidentes laborales y enfermedades). Se trata de prestaciones otorgadas en caso de que un determinado riesgo llegue a producirse, pero no están destinadas a compensar un posible estado de necesidad que podría resultar del riesgo en sí mismo.¹¹⁷

Si bien el Comité, a través de su jurisprudencia, ha establecido una interpretación evolutiva del Anexo de la CSE (r), en relación con el ámbito de aplicación personal de los derechos garantizados por la Carta, aclarando en particular su aplicabilidad con respecto a los refugiados¹¹⁸, es en el ámbito del derecho a la salud y a la asistencia social y médica en el que el Comité ha emitido una de sus interpretaciones más extensivas. De hecho, después del caso *FIDH c. Francia* de 2004, en el que el Comité no estimó la existencia de una violación del artículo 13 (el derecho a la asistencia médica), ya que los inmigrantes ilegales podían acceder a toda forma de asistencia médica una vez transcurridos los tres primeros meses de residencia, mientras que todos los extranjeros en cualquier momento podría obtener tratamiento para «emer-

116. Según el Anexo de la CSE (r) (Ámbito de aplicación, párrafo 1), el derecho a la seguridad social y a la asistencia social y médica se conceden únicamente a los migrantes que residan legalmente y a los nacionales de otro Estado contratante. Sin embargo, el CEDS ha dictaminado que la parte de la población que no cumpla con la definición del Anexo no puede ser privada de sus derechos vinculados a la vida y la dignidad reconocidos por la CSE(r) (CEDS, *COHRE c. Italia*. (fondo), Demanda nº 58 / 2009, de 25 de junio de 2010, párrafo 33). Véase, también, el Capítulo IV (b) del Manual («El derecho a la vivienda”).

117. CEDS 2008, Interpretación del artículo 13.1, p. 108.

118. CEDS, Declaración de interpretación sobre los derechos de los refugiados en virtud de la Carta Social Europea, 5 de octubre de 2015.

gencias y condiciones que amenazasen la vida», el Comité emitió a partir de 2012 una serie de decisiones que ampliaron progresivamente la protección de los artículos 11 de la CSE (r) a los menores extranjeros, acompañados o no acompañados, y 13 de la CSE (r) a los migrantes adultos indocumentados.

Ejemplos:

- ▶ CEDS, *Defense for Children International (DCI) c. Bélgica*, de 23 de octubre de 2012, párrafo 117: «Con respecto al artículo 11.3, [...] el Comité considera, no obstante, que por la capacidad duradera de las instalaciones de acogida y por el hecho de que, en consecuencia, varios de los menores en cuestión (especialmente los que se encuentran acompañados por sus familiares) han sido obligados a vivir en la calle sistemáticamente, se les expone a estos menores a mayores riesgos para su salud y su integridad física como resultado, en particular, de la falta de vivienda u hogares de acogida. A este respecto, el Comité considera que prestar a los menores extranjeros viviendas y hogares de acogida constituye un requisito previo mínimo para tratar de eliminar las causas de las enfermedades de estos menores (incluidas las epidémicas, las endémicas o las de otro tipo) y que el Estado no ha respondido a sus obligaciones en lo que se refiere a la adopción de este requisito previo mínimo;
- ▶ CEDS, *Conferencia de Iglesias Europeas (CEC) c. los Países Bajos*, de 1 de julio de 2014: el Comité constató que la situación en la que a la mayoría de los migrantes indocumentados sin recursos, que no habían sido repatriados, se les negaba la asistencia médica, tanto en la legislación como en la práctica, no era conforme a lo dispuesto en el 13.4 (derecho a la asistencia social y médica), argumentando que el acceso a una atención sanitaria suficiente es un requisito previo para la preservación de la dignidad humana, que debe otorgarse dentro de la protección mínima que se brinda a los migrantes;
- ▶ CEDS, *Federación Europea de Organizaciones Nacionales que Trabajan con Personas sin Hogar (FEANTSA) c. los Países Bajos*, de 2 de julio de 2014, párrafos 169-172: el Comité «considera que las medidas normativas y prácticas que niegan el derecho a la asistencia de urgencia restringen, en consecuencia, el derecho de los migrantes adultos en situación irregular y sin recursos adecuados en los Países Bajos de manera desproporcionada. [...] Con respecto al acceso a la atención médica de urgencia de los migrantes en situación irregular, el Comité recuerda que la atención médica de urgencia prestada a quienes no residen de forma regular en el país cumple con los requisitos del artículo 13.4 de la Carta (Conclusiones 2009, Los Países Bajos).”

La asistencia médica implica la atención médica gratuita, la subsidiada o la cobertura de los gastos que permita que una persona que no tenga los recursos adecuados pueda pagar el tratamiento y la atención que requiera su estado de salud. Si bien el CEDS no ha definido o limitado el alcance material proporcionado de la atención ni de la cobertura, no obstante, ha especificado que la gravedad de la enfermedad no puede ser un factor que justifique la negativa de otorgar asistencia médica.

Ejemplos:

- ▶ CEDS, «Conclusiones XIII-4», Declaración de interpretación relativa al artículo 13, pp. 54-57;
- ▶ CEDS, «Conclusiones XIII-2», Grecia, p. 181, y «Conclusiones XIII-4», págs. 180-81.

Por «recursos adecuados», en el sentido de la CSE (r), deben entenderse los recursos necesarios para vivir una vida digna que permitan a una persona satisfacer sus necesidades básicas, en relación con el umbral de pobreza del país en cuestión. Para que se active el artículo 13 de la CSE (r), también se exige que la persona no pueda proveerse a sí misma, ni por sus esfuerzos personales ni por otros medios, como a través de las prestaciones de los regímenes de seguridad social. En consecuencia, el Comité considera que la reducción o suspensión de las prestaciones de la asistencia social constituye una violación de la CSE (r) si se priva a los beneficiarios de sus medios de subsistencia. Sin embargo, el Comité ha especificado que la solidaridad familiar no está incluida en los tipos de recursos que pueden impedir el ejercicio del derecho a la asistencia social y médica.

Ejemplos:

- ▶ CEDS, «Conclusiones XIV-1», Declaración de interpretación relativa al artículo 13.1, pp. 52-55;
- ▶ CEDS, «Conclusiones 2006», Estonia, p. 208;
- ▶ CEDS, «Conclusiones XIII-2», Grecia, p. 129 (sobre la solidaridad familiar).

d. El derecho a la educación

El derecho a la educación está expresamente garantizado tanto por el artículo 17 de la CSE (r) como por el artículo 2 del Protocolo n.º 1 del CEDH.

De acuerdo con el artículo 17 de la CSE (r), los Estados deben garantizar «el ejercicio efectivo del derecho de los menores y los adolescentes a crecer en un medio que favorezca el pleno desarrollo de su personalidad y de sus

aptitudes físicas y mentales». Para este fin, las Partes tienen la obligación de adoptar medidas relacionadas con la educación para:

- garantizar a los menores y adolescentes, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus progenitores, los cuidados, la asistencia, la educación y la formación que necesiten, en particular disponiendo la creación o el mantenimiento de instituciones o servicios adecuados y suficientes a tal fin (artículo 17.1 (a) de la CSE (r));
- garantizar a los menores y adolescentes una educación primaria y secundaria gratuita, así como a fomentar la asistencia regular a la escuela (artículo 17.2 de la CSE (r))

Por otra parte, el Anexo de la CSE (r) ha estimado que la disposición se aplica a todas las personas, incluidos los migrantes,¹¹⁹ y los menores de 18 años, a menos que, de conformidad con la ley aplicable, la mayoría de edad se alcance con anterioridad. También se especifica que las disposiciones del artículo 17 de la Carta no prejuzgan disposiciones más específicas, refiriéndose, en particular, al artículo 7 del mismo instrumento sobre el derecho de los menores y jóvenes a la protección y los límites de edad establecidos para la admisión a un empleo, por ejemplo. Finalmente, el Anexo de la CSE (r) agrega que no hay obligación de garantizar la educación obligatoria más allá de los 18 años de edad.¹²⁰

La jurisprudencia del CEDS ha establecido una interpretación sobre la naturaleza de las obligaciones de los Estados con el fin de satisfacer los requisitos de accesibilidad y efectividad del derecho a la educación. El CEDS ha establecido que el ámbito de aplicación personal del derecho a la educación, en virtud de los apartados 1º y 2º, es amplio y protege a todos los menores. Además, el acceso debe garantizarse en condiciones de igualdad, y sin discriminación, mediante medidas especiales cuando sea necesario para los menores desfavorecidos. Por lo tanto, el CEDS ha subrayado la necesidad de prestar especial atención a los menores pertenecientes a grupos y minorías vulnerables, como los menores solicitantes de asilo, los menores refugiados, los

119. De acuerdo con el Anexo de la CSE (r) (Ámbito de aplicación, párrafo 1), el derecho a la educación se concede únicamente a los migrantes que residan legalmente y a los nacionales de otro Estado parte. Sin embargo, el CEDS ha dictaminado que aquellos sectores de la población que no cumplan con la definición del Anexo no pueden ser privados de sus derechos a la vida y a la dignidad consagrados en la CSE(r) (CEDS, *COHRE c. Italia*, Reclamación nº 58 / 2009, Decisión sobre el fondo, de 25 de junio de 2010, párrafo 33). Ver, también, el Capítulo IV (b) del Manual (“El derecho a la vivienda”).

120. Anexo de la CSE (r), Parte II, Artículo 17.

menores hospitalizados o aquellos privados de libertad, etc.¹²¹ En esta línea, deben adoptarse las medidas necesarias para garantizar que los menores se integren en los centros educativos convencionales y que tengan acceso a los sistemas de educación ordinarios.¹²²

El CEDS también ha establecido una serie de requisitos previos para guiar a los Estados en el establecimiento de un sistema educativo compatible con los requisitos de accesibilidad y de efectividad de la CSE (r). Por lo tanto, un sistema efectivo de educación primaria y secundaria debería, entre otras cuestiones:¹²³

- ▶ incluir un número adecuado de escuelas;
- ▶ garantizar una distribución geográfica justa, especialmente entre las zonas rurales y urbanas;
- ▶ pretender inscribir al 100% de los menores con edad de escolarización;
- ▶ pretender alcanzar una relación razonable entre el número de profesores y alumnos y disponer de unas aulas adecuadas;
- ▶ establecer un mecanismo de supervisión para garantizar la calidad de la educación y de la enseñanza;
- ▶ garantizar que la educación fuese obligatoria hasta la edad mínima de admisión al empleo.

Además, de conformidad con el artículo 17.2 de la CSE(r), la educación primaria y la secundaria deben ser gratuitas. El CEDS ha estimado que este requisito se refiere solo al sistema de educación básica. Sin embargo, ha destacado la existencia de costes ocultos relacionados con la educación, como libros o uniformes, que podrían impedir el acceso de los grupos vulnerables a la educación. En consecuencia, el CEDS ha sostenido que los Estados deben tomar aquellas medidas necesarias para limitar el impacto de los costes ocultos, manteniéndolos a un nivel razonable y prestando la debida asistencia financiera cuando fuese necesario.¹²⁴

Según el CEDH, el derecho a la educación está garantizado por el artículo 2 del Protocolo nº 1 del CEDH. Dicha disposición establece que “a nadie se le puede negar el derecho a la educación. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza,

121. CEDS 2008, Interpretación del artículo 17.1, p. 120.

122. *Ibíd.*

123. CEDS, «Conclusiones 2003», conclusiones relativas al artículo 17, p. 174.

124. CEDS 2008, interpretación del artículo 17.2, p. 122.

respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.» El TEDH ha elevado el derecho a la educación a uno de los «valores más fundamentales de las sociedades democráticas que componen el Consejo de Europa»¹²⁵ y, como tal, constituye un derecho cuya titularidad pertenece a las personas. El Tribunal ha insistido en el hecho de que dicho derecho fundamental no puede interpretarse restrictivamente y ha subrayado la universalidad de este derecho, al considerar que la exclusión a aquellos menores, cuyos padres no fuesen migrantes residentes de forma regular, constituye una violación del CEDH y del derecho a la educación. De acuerdo con las disposiciones de la CSE (r) y de la jurisprudencia del CEDS, el TEDH ha establecido que los Estados deben adoptar las medidas necesarias para garantizar el acceso a la educación primaria, secundaria y, finalmente, a la educación superior o terciaria, que comprende tanto la formación profesional como la universitaria.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Leyla Sahin c. Turquía* (GS), de 15 de noviembre de 2005, párrafo 141: «está claro que cualquier institución de educación superior existente en un momento dado entra dentro del alcance del primer apartado. del artículo 2 del Protocolo nº1, ya que el derecho de acceso a tales instituciones es una parte inherente del derecho establecido en la citada disposición”;
- ▶ STEDH *Timishev c. Rusia*, de 13 de diciembre de 2005, párrafos 65-66: «el Tribunal observa que se negó el ingreso de los hijos del demandante a la escuela a la que habían asistido durante los dos años anteriores. El Gobierno no refutó la afirmación del demandante de que el verdadero motivo de la negativa había sido que el demandante había entregado su tarjeta de migrante y, por lo tanto, había perdido su registro como residente de la ciudad de Nalchik. Como se señaló anteriormente, el Convenio y sus Protocolos no toleran ninguna exclusión del derecho a la educación. El Gobierno confirmó que la legislación rusa no permitía el ejercicio de ese derecho por parte de los hijos al depender de la residencia de sus padres. De ello, se desprende que a los hijos del demandante se les hubiese negado el derecho a la educación previsto en la legislación nacional. Su exclusión de la escuela fue, por lo tanto, incompatible con los requisitos del artículo 2 del Protocolo nº 1”.

125. CEDS *Timishev c. Rusia*, 13 de diciembre de 2005, párrafo 64.

e. El derecho al trabajo y a la protección de los trabajadores migrantes

El derecho al trabajo conlleva una serie de obligaciones para los Estados, que abarcan desde los esfuerzos para crear y proporcionar empleos hasta la adopción de garantías para la protección de las personas contra el trabajo forzoso, la servidumbre y la esclavitud. Como miembros de grupos vulnerables, es particularmente probable que los migrantes se enfrenten a diversos riesgos como el tráfico de personas o el trabajo forzoso, o que sean objeto de discriminación al buscar un trabajo o dentro de su propio entorno laboral. Los requisitos impuestos a los Estados en virtud del derecho al trabajo son, por lo tanto, de gran importancia para los migrantes.

Hay varias disposiciones en los instrumentos del Consejo de Europa relacionadas con el empleo y con los derechos y la protección de los trabajadores. Sin embargo, el derecho al trabajo per se está expresamente previsto en el artículo 1 de la CSE (r). Dicha disposición establece que, para lograr un ejercicio efectivo del derecho al trabajo, las Partes se comprometen:

1. a reconocer como uno de sus principales objetivos y responsabilidades la obtención y el mantenimiento de un nivel lo más elevado y estable posible del empleo, con el fin de lograr el pleno empleo;
2. a proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido;
3. a establecer o mantener servicios gratuitos de empleo para todos los trabajadores;
4. a proporcionar o promover una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas.

La interpretación de este artículo, elaborada por la jurisprudencia del CEDS, detalla las obligaciones que los Estados han acordado cumplir. En virtud del artículo 1.1 de la CSE (r), los Estados se han comprometido a seguir una política de pleno empleo, lo que implica que deben adoptar una política económica conducente a la creación y conservación de puestos de trabajo, así como tomar las medidas adecuadas para ayudar a las personas desempleadas a encontrar o a formarse para un trabajo.¹²⁶ Las acciones de las autoridades en el cumplimiento de estos objetivos se evaluarán en relación con la situación económica del Estado y el nivel de desempleo. Dado que los requisitos establecidos en el párrafo 1 del artículo 1 no constituyen

126. CEDS 2008, Interpretación del artículo 1, p. 20.

obligaciones de resultados, el hecho de no lograr el pleno empleo no dará lugar automáticamente a una infracción de la CSE (r).

En su evaluación, el CEDS examina el nivel de desarrollo del crecimiento económico relativo al empleo, incluida la asistencia a los desempleados, tomando en consideración la situación económica nacional, basándose en el PIB y en el crecimiento del empleo, la inflación, etc. del país, en comparación con las tasas de empleo. El Comité presta especial atención al desempleo de los grupos vulnerables, como son los miembros de las minorías étnicas.¹²⁷ El CEDS también examina los esfuerzos realizados para aplicar las medidas adoptadas de conformidad con la política de empleo de cada Estado, la cantidad de recursos asignados a estas medidas y los efectos concretos que las medidas tienen sobre el crecimiento del empleo.¹²⁸ El Comité ha estimado, por ejemplo, que la falta de un compromiso declarado con una política de pleno empleo, o la existencia de medidas insuficientes para hacer frente al desempleo extremadamente elevado y de larga duración, puede equivaler a una vulneración de las obligaciones de los Estados establecidas en la CSE (r).¹²⁹

El artículo 1.2 de la CSE (r), que garantiza la protección efectiva del derecho de un trabajador a ganarse la vida en una ocupación libremente aceptada, se ha interpretado de tal modo que implica la prohibición de todas las formas de discriminación en el ámbito laboral.¹³⁰ Según el Anexo de la CSE (r), el derecho al trabajo se reconoce únicamente a los migrantes que residan legalmente y a los nacionales de otros Estados contratantes.¹³¹ Sin embargo, refiriéndose al artículo G de la CSE (r), el CEDS ha dictaminado que estas categorías de extranjeros no pueden reclamar su derecho a trabajar en empleos que estén intrínsecamente relacionados con la protección del interés público o la seguridad nacional e impliquen el ejercicio de la autoridad pública.¹³²

127. CEDS, «Conclusiones XVI-1», de conformidad con el artículo 1.1, p. 9.

128. CEDS 2008, Interpretación del artículo 1, p. 20.

129. CEDS, «Conclusiones XVI-1», Los Países Bajos (Antillas Neerlandesas y Aruba); CEDS, «Conclusiones 2004», Bulgaria.

130. CEDS, «Conclusiones II», de conformidad con el artículo 1.2, p. 4; CEDS, «Conclusiones XVI-1», de conformidad con el artículo 1.2, p. 9.

131. Hay una excepción: como ha dictaminado el CEDS, aquellos sectores de la población que no cumplan con la definición del Anexo no pueden ser privados de sus derechos vinculados a la vida y la dignidad consagrados en la CSE (r) (CEDS, *COHRE c. Italia*, Reclamación nº 58/2009, Decisión de fondo, de 25 de junio de 2010, párrafo 33). Véase también el Capítulo IV (b) del Manual.

132. CEDS, «Conclusiones 2008», Albania; CEDS, «Conclusiones 2006», Albania.

Además, el artículo 18 de la CSE (r) resulta de interés para los trabajadores migratorios de una de las Partes contratantes, ya que garantiza el derecho a ejercer una ocupación lucrativa en el territorio de otra Parte. Reconoce expresamente «el derecho de sus nacionales a abandonar el país para participar en una ocupación lucrativa en los territorios de las otras Partes»,¹³³ mientras que requiere que los Estados simplifiquen las formalidades y liberalicen las normas que regulan la contratación de los trabajadores extranjeros.

i. La prohibición de la discriminación

De conformidad con el artículo E de la CSE(r), que prohíbe la discriminación, el CEDS ha subrayado la necesidad de contar con una legislación que prevenga todas las formas de discriminación, directa o indirecta, en el ámbito laboral basada en el sexo, la raza, el origen étnico, la religión, la discapacidad, la edad, la orientación sexual, las opiniones políticas, etc. El Comité se ha referido tanto al procedimiento de contratación como a las condiciones generales laborales, incluida la remuneración, la promoción, la formación, la movilidad y el despido.¹³⁴

De acuerdo con la CSE (r), «la diferencia de trato entre personas que se encuentran en situaciones comparables constituye una discriminación que contraviene la Carta revisada siempre que no persiga un objetivo legítimo y no esté basada en motivos objetivos y razonables».¹³⁵ La discriminación puede surgir de medidas aplicadas uniformemente, sin tomar en consideración las diferencias relevantes y el impacto desproporcionado que pueden tener sobre ciertos grupos o personas, como aquellas pertenecientes a minorías étnicas. La discriminación también puede surgir como consecuencia de una falta de acción para garantizar el acceso efectivo a los derechos y prestaciones por parte de todos los trabajadores. El Comité también ha establecido que la responsabilidad no recae sobre el demandante en los casos de discriminación.

Ejemplos:

- ▶ CEDS, *Asociación Internacional de Autismo-Europa (AIAE) c. Francia*, Reclamación Nº 13/2002 (fondo), de 4 de noviembre de 2003, párrafo 52 (sobre prestaciones colectivas que sean realmente accesibles para todos);

133. Artículo 18.4 CSE (r).

134. Véase el Capítulo I (c) del Manual («Normas sobre igualdad y no discriminación»).

135. CEDS, *Sindicato nacional de profesiones del turismo c. Francia*, Reclamación nº 6/1999, (fondo), de 10 de octubre de 2000, párrafo 25.

- ▶ CEDS, *Sindicato SUD Trabajo y Asuntos Sociales c. Francia*, Reclamación nº 24/2004 (fondo), de 16 de noviembre de 2005, párrafo 33 (sobre la inversión de la carga de la prueba a favor del demandante).

El CEDS ha identificado una serie de medidas que contribuyen a luchar contra la discriminación, tales como:

- ▶ reconocer el derecho de los sindicatos a tomar medidas en casos de discriminación en el empleo, incluido el derecho a emprender acciones legales en nombre de otras personas;
- ▶ otorgar a los grupos interesados el derecho a obtener una resolución relativa a la prohibición de la discriminación que viole el derecho a emprender acciones colectivas;
- ▶ crear un órgano especial e independiente para promover la igualdad de trato, en particular prestando a las víctimas de discriminación el apoyo que necesiten para entablar las acciones pertinentes.¹³⁶

Los objetivos legítimos que pueden justificar las restricciones a la prohibición de discriminación y permitir una diferencia de trato entre personas en situaciones comparables son enumerados en el artículo G de la CSE (r). Éstos persiguen «la protección de los derechos y libertades de terceros” o “del orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres», siempre que las medidas adoptadas sean proporcionadas y necesarias en una sociedad democrática. Por lo tanto, los Estados pueden restringir legítimamente el derecho al trabajo a las personas extranjeras o a determinadas categorías de personas, como los solicitantes de asilo, siempre que esta limitación sea justificable y no se justifique simplemente por motivos de etnia, raza, sexo, etc. Por ejemplo, la prohibición de todas las formas de discriminación en el empleo no prohíbe a los Estados restringir el acceso de los extranjeros al empleo en su territorio sólo a aquellos extranjeros que tengan un permiso de trabajo. Sin embargo, una prohibición general de acceso al empleo por parte de aquellos nacionales de otros Estados Partes, por razones distintas a las enumeradas bajo el artículo G de la CSE (r) sí violaría el derecho a la no discriminación garantizado por la CSE (r).

Además, de conformidad con el artículo 15.3 de la Carta de la UE, «los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas de las que disfrutaban los ciudadanos de la Unión».

136. CEDS 2008, Interpretación del artículo 1.2, p. 22.

En el plano internacional, el artículo 17.1 de la Convención de Ginebra establece que «todo Estado Contratante concederá a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio de tales Estados el trato más favorable concedido en las mismas circunstancias a los nacionales de países extranjeros».

ii. La prohibición de la esclavitud y del trabajo forzoso

Si bien la prohibición del trabajo forzoso se infiere del artículo 1.2 de la CSE (r) y del derecho a ganarse la vida con una ocupación libremente aceptada, está expresamente prevista en el artículo 4 del CEDH, relativo a la prohibición de la esclavitud y el trabajo forzoso.

La esclavitud y la servidumbre están ampliamente tipificadas como delitos y están prohibidas bajo numerosos instrumentos legales internacionales. La prohibición de la esclavitud está consagrada como *ius cogens* por el Derecho Internacional. Sin embargo, el TEDH ha planteado una serie de requisitos previos para que una situación determinada sea objeto del ámbito de aplicación de la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre. En el asunto *Rantsev c. Chipre y Rusia*, el TEDH sostuvo que:

considerando el alcance de la «esclavitud» del artículo 4, el Tribunal se ha referido a la definición clásica de la esclavitud contenida en la Convención sobre la Esclavitud de 1926, que exigía el ejercicio de un derecho genuino de propiedad y la reducción a la condición de un individuo determinado a un «objeto». Con respecto al concepto de «servidumbre», el Tribunal ha sostenido que lo que está prohibido es una «forma particularmente grave de denegación de la libertad». El concepto de «servidumbre» implica una obligación, bajo coacción, de proporcionar una serie de servicios y está vinculado con el concepto de «esclavitud».¹³⁷

Del mismo modo, la prohibición del trabajo forzoso se ha convertido también en *ius cogens* y se ha reconocido universalmente como un derecho que no está sujeto a excepción alguna.¹³⁸

137. STEDH *Rantsev c. Chipre y Rusia*, de 7 de enero de 2010, párrafo 276.

138. STEDH *Siliadin c. Francia*, de 26 de julio de 2005, párrafo 82: el TEDH afirmó que, junto con los artículos 2 y 3 del CEDH, la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, al igual que la de la esclavitud y la servidumbre, «consagra uno de los valores básicos» de las sociedades democráticas que componen el Consejo de Europa. A diferencia de la mayoría de las cláusulas sustantivas del Convenio y de sus Protocolos núms. 1 y 4, el artículo 4 no prevé excepciones y no está permitido derogarlo en virtud del artículo 15. 2, ni siquiera en el supuesto de una emergencia pública que amenace la vida de la nación».

De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, el trabajo forzoso y obligatorio se refiere a «todo trabajo o servicio exigido a cualquier persona bajo la amenaza de cualquier tipo de pena y para el cual dicha persona no se ha ofrecido voluntariamente», que es la misma definición establecida por la OIT.¹³⁹

Se reconoce el trabajo forzoso como una forma de explotación incluida dentro de la trata de seres humanos. Está expresamente prohibido en virtud del artículo 4 del Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos y del artículo 3 del Protocolo de Palermo que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Ejemplo:

- ▶ STEDH *Van der Musselle c. Bélgica* (Pleno), de 23 de noviembre de 1983, párrafo 32 (definición de trabajo forzoso y obligatorio idéntico a la definición de la OIT).

En el asunto *Rantsev c. Chipre y Rusia*, el Tribunal también complementó la definición al establecer aquellas condiciones necesarias para la calificación de trabajo forzoso y obligatorio, declarando que:

Para que concurra el «trabajo forzoso u obligatorio», el Tribunal ha sostenido que debe haber alguna restricción física o mental, así como una cierta anulación de la voluntad de la persona.¹⁴⁰

El CEDS también ha contribuido a desarrollar la definición de trabajo forzoso al deducir su prohibición del derecho a ganarse la vida en una ocupación aceptada libremente. La consecuencia correlativa de este derecho es la libertad de finalizar voluntariamente la relación laboral. Por lo tanto, según la interpretación del artículo 1.2 de la CSE (r), la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio está vinculada a la libertad de elegir el trabajo e implica la libertad de terminar la relación laboral.

Ejemplo:

- ▶ CEDS, *Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) c. Grecia*, Reclamación nº 7/2000 (fondo), de 5 de diciembre de 2000, párrafo 17.

Finalmente, la prohibición de la esclavitud, de la servidumbre y del trabajo forzoso u obligatorio implica la acción de los Estados para prevenir e investigar estos delitos. El TEDH ha establecido, a través de su jurisprudencia, que

139. OIT, Convenio sobre el Trabajo Forzoso, artículo 2.

140. STEDH *Rantsev c. Chipre y Rusia*, de 7 de enero de 2010, párrafo 276.

los Estados tienen el deber de proteger a las personas del trabajo forzoso u obligatorio, en aquellos supuestos en los que conozcan o deban conocer los riesgos a los que se enfrenta una persona de ser explotada, esclavizada o sometida a un trabajo forzoso u obligatorio.

En este sentido, el asunto *Siliadin c. Francia* es extremadamente relevante. El TEDH examinó la demanda presentada por un ciudadano togolés, menor de edad y en situación irregular en el momento de los hechos, que trabajó durante varios años desde 1994 como sirviente no remunerado para una pareja, trabajando los siete días de la semana y con el pasaporte confiscado. El Tribunal sostuvo que el artículo 4 del CEDH daba lugar a una serie de obligaciones positivas para que los Estados adoptasen y aplicasen de manera efectiva las disposiciones del Derecho penal, lo que hizo que las prácticas condenadas por dicho artículo fueran punibles. En el presente caso, el Tribunal consideró que el demandante, sometido a un trato contrario al artículo 4 y mantenido bajo servidumbre, no podía denunciar a los autores de los actos condenados en virtud del Derecho penal nacional. Por lo tanto, las disposiciones penales vigentes en su momento no permitieron al demandante, un menor migrante víctima de la trata, una protección específica y efectiva contra los actos de los que fue víctima.¹⁴¹

Por último, el TEDH afirmó que el deber de investigar las denuncias de trabajo forzoso no depende de la denuncia de la víctima y que, tan pronto como las autoridades sean conocedoras de cualquier hecho que pudiese constituir trabajo forzoso u obligatorio, deben adoptarse medidas de oficio. Sin embargo, se trata de una obligación de medios y no de resultados. El TEDH ha establecido los requisitos de una investigación efectiva, estimando que:

debe ser independiente de aquellas personas implicadas en los eventos. También debe ser capaz de conducir a la identificación y al castigo de los individuos responsables, tratándose de una obligación no de resultados sino de medios. El requisito de celeridad y de prontitud razonables está implícito en todos los supuestos, menos cuando exista la posibilidad de proteger al individuo de la situación perjudicial, la investigación debe llevarse a cabo como una cuestión de carácter urgente. La víctima o sus familiares deben poder participar en el procedimiento en cuanto sea necesario para salvaguardar sus intereses legítimos.¹⁴²

141. STEDH *Siliadin c. Francia*, de 26 de julio de 2005.

142. STEDH *Rantsev c. Chipre y Rusia*, op. cit., párrafo 288.

iii. Las condiciones laborales

La CSE (r) contiene una serie de disposiciones que regulan las condiciones laborales y protegen a los trabajadores de condiciones que sean injustas, abusivas o insalubres. Sin embargo, los derechos contenidos en los artículos 2 a 4 y 24 a 27 de la CSE (r) están sujetos al restrictivo ámbito de aplicación *ratione personae* indicado en el Anexo de la misma, que limita la protección de esos derechos a los nacionales de otros Estados Partes que residan legalmente o a aquellos en posesión de un permiso de trabajo en el territorio de la Parte interesada.

Los derechos de los trabajadores en virtud de la Carta Social Europea (revisada) en relación con las condiciones laborales:

- ▶ el derecho a unas condiciones laborales justas (artículo 2);
- ▶ el derecho a unas condiciones laborales seguras y salubres (artículo 3);
- ▶ el derecho a una remuneración justa (artículo 4);
- ▶ el derecho a la protección en caso de despido (artículo 24);
- ▶ el derecho de los trabajadores a la protección de sus créditos en caso de insolvencia de su empleador (artículo 25);
- ▶ el derecho a la dignidad en el trabajo (artículo 26);
- ▶ el derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y a la igualdad de trato (artículo 27)

No obstante, los apartados 2º y 3º del Anexo de la CSE (r), respecto al ámbito de aplicación personal, recuerdan que los Estados siguen estando obligados por sus obligaciones de conformidad con el Convenio de Ginebra¹⁴³ y con la Convención relativa al Estatuto de los Apátridas¹⁴⁴ a otorgar a los refugiados y apátridas «que residan legalmente en su territorio, el trato más favorable posible y, en cualquier caso, no menos favorable que el que dicha Parte se haya obligado a aplicar en virtud de dicho instrumento y de cualesquiera otros acuerdos internacionales vigentes aplicables a esos apátridas».¹⁴⁵

Además, la CSE (r) regula de forma específica y expresa los derechos de los trabajadores migrantes, asegurándoles, tanto a ellos como a sus familiares, protección y asistencia. Todos los Estados Partes que han aceptado las disposiciones del artículo 19 de la CSE (r) están obligados, entre otras cuestiones, a:

143. AGNU, Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

144. AGNU, Convención sobre el Estatuto de los Apátridas.

145. Anexo a la CSE (r) (Ámbito de aplicación, apartados 2º y 3º).

4. garantizar a esos trabajadores que se encuentren legalmente dentro de su territorio un trato no menos favorable que a sus propios nacionales en lo referente a las materias que se expresan a continuación, en tanto que las mismas estén reguladas por leyes o reglamentos o se hallen sometidas al control de las autoridades administrativas, a saber:

- a. la remuneración y otras condiciones de empleo y trabajo;
- b. la afiliación a las organizaciones sindicales y el disfrute de las ventajas que ofrezcan los convenios colectivos;
- c. el alojamiento;

5. a garantizar a esos trabajadores, cuando se encuentren legalmente dentro de su territorio, un trato no menos favorable que el que reciben sus propios nacionales en lo concerniente a impuestos, tasas y contribuciones relativos al trabajo, a cargo del trabajador [.]

Además, el artículo 19 de la CSE (r) garantiza además la igualdad de trato en las acciones procesales, la reagrupación familiar, los servicios sanitarios y médicos necesarios y unas buenas condiciones de higiene durante la salida, el viaje y la acogida de tales trabajadores y sus familias, la protección contra la expulsión, etc.

iv. El derecho a la seguridad social

De conformidad con el artículo 12.4 (a) de la ESC (r), los trabajadores migratorios y sus familias gozan del derecho, al igual que todos los trabajadores en el territorio de una Parte contratante, a la seguridad social. En particular, los Estados tienen la obligación de:

adoptar medidas, mediante la celebración de acuerdos bilaterales y multilaterales apropiados o por otros medios, sujetas a las condiciones establecidas en dichos acuerdos, a fin de garantizar:

- a. la igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las Partes y los de las demás Partes en lo relativo a los derechos de seguridad social, incluida la conservación de las prestaciones reconocidas por la legislación de la seguridad social, sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieran efectuar entre los territorios de las Partes.

En relación con el ámbito de aplicación personal, el Anexo establece que las disposiciones de la CSE(r) pueden aplicarse a los extranjeros siempre que procedan de otra Parte contratante y que residan legalmente o trabajen regularmente en el territorio del Estado en cuestión, con la excepción al artículo 12.4 de la CSE (r). El alcance del derecho a la seguridad social en relación con el ámbito

de aplicación personal, por lo tanto, es más amplio que el alcance general de la CSE (r), incluyendo a aquellos extranjeros de otros Estados partes que ya no vivan o trabajen en el territorio del Estado en cuestión, así como a aquellas personas que no necesariamente provengan de otro Estado Parte, como los refugiados y los apátridas. La CSE también ha reconocido la extensión de la aplicación del derecho a la seguridad social a los trabajadores autónomos.

Ejemplo:

- ▶ CEDS, «Conclusiones XIV-1», Turquía (sobre el derecho a la seguridad social de los trabajadores autónomos).

Además, el CEDS ha establecido que el derecho a la igualdad de trato impone a los Estados la obligación de eliminar todas las disposiciones discriminatorias de sus leyes nacionales reguladoras de la seguridad social, a fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social de los extranjeros que provengan de otros Estados Partes. Este requisito protege contra la discriminación directa e indirecta e implica que las prestaciones derivadas de la seguridad social no pueden limitarse a los nacionales, ni estar sujetas a condiciones restrictivas o a criterios de elegibilidad de difícil cumplimiento por parte de los extranjeros. Sin embargo, el CEDS ha estimado que, siempre y cuando sea razonable, el requisito de completar un determinado período previo de residencia antes de poder acceder a las prestaciones no contributivas es compatible con la CSE (r). De manera similar, el CEDS también ha aceptado la condición de que las prestaciones por hijos a cargo solo se concedan cuando el hijo resida en el territorio del Estado en cuestión, en virtud de lo dispuesto en el artículo 12.4 de la CSE (r).

Ejemplos:

- ▶ CEDS, «Conclusiones XIII-4», Declaración interpretativa sobre el artículo 12, p. 43 (sobre aquellas condiciones que harían más difícil el acceso a las prestaciones sociales por parte de los extranjeros y les afectarían en mayor medida);
- ▶ CEDS, «Conclusiones XIII-4», Declaración interpretativa sobre el artículo 12, p. 44; y CEDS, «Conclusiones 2004», Lituania, p. 370 (sobre la condición de un período previo razonable de residencia);
- ▶ CEDS, «Conclusiones 2006», Declaración interpretativa sobre el artículo 12.4, p. 13 (bajo la condición de residencia con respecto a las prestaciones por hijos a cargo).

El derecho a la seguridad social también existe en el ámbito de los derechos civiles y políticos. El TEDH ha declarado que el derecho a las prestaciones,

que se trata de un derecho de naturaleza pecuniaria, está relacionado con el derecho a la propiedad en virtud del artículo 1 del Protocolo nº1 del CEDH. Esta protección se aplica cuando una persona que resida en el país haya pagado las debidas contribuciones al plan de pensiones. El TEDH, sin embargo, ha especificado que la restricción de los derechos en virtud del artículo 1 del Protocolo n.º1 no equivale automáticamente a un supuesto de discriminación arbitraria en el caso de que una persona que reclame las prestaciones ni sea nacional ni resida en el Estado en cuestión.

Ejemplos:

- ▶ TEDH *Müller c. Austria*, Reclamación nº 5849/72, Decisión de 16 de diciembre de 1974 (sobre la protección activada una vez que la persona hubiese cotizado al plan de pensiones);
- ▶ TEDH *X. c. República Federal de Alemania*, Reclamación nº 6572/74, Decisión de 4 de marzo de 1976 (sobre la suspensión del pago de una pensión a un extranjero que resida en el extranjero justificada por razones de interés general).

Además, en el asunto *Gaygusuz c. Austria*, el TEDH estimó que la protección se aplica independientemente de la existencia de un «vínculo entre el derecho a la asistencia de urgencia y la obligación de pagar impuestos u otras contribuciones». El Tribunal consideró que negarse a proporcionarle a un trabajador migrante, que resida legalmente, una cobertura social no contributiva únicamente por motivos de su nacionalidad extranjera constituye una violación del artículo 14 del CEDH y del derecho de la persona a estar protegida contra la discriminación.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Gaygusuz c. Austria*, de 16 de septiembre de 1996, párrafos 41, 46-52 (sobre la asistencia en casos de urgencia y la no discriminación);
- ▶ STEDH *Poirrez c. Francia*, de 30 de septiembre de 2003, párrafos 37-50 (sobre los regímenes sociales no contributivos y la no discriminación).

Además, el TEDH ha estimado que las prestaciones por maternidad y las prestaciones por hijos a cargo también derivan del artículo 8 del CEDH y del derecho al respeto de la vida privada y familiar. El Tribunal ha considerado que limitar la concesión de prestaciones por hijos sólo para aquellos extranjeros que posean un determinado permiso mientras se les deniega a otros extranjeros equivale a una discriminación arbitraria constituyente de una vulneración del artículo 8, en conjunto con el artículo 14 del CEDH.

Ejemplos:

- ▶ TEDH *Niedzwiecki c. Alemania* y *Okpiz c. Alemania*, de 25 de octubre de 2005 (discriminación en las prestaciones por hijo, basada en un permiso de residencia estable);
- ▶ TEDH, *Fawsie c. Grecia* y *Saoudin c. Grecia*, de 28 de octubre de 2010 (discriminación por nacionalidad en la prestación de un subsidio a unas madres de familias numerosas, oficialmente reconocidas como refugiadas políticas).

La CSE (r) distingue entre la seguridad social y la asistencia social, ambas garantizadas por los artículos 12 y 13 de la CSE (r), respectivamente.¹⁴⁶

146. Véase el Capítulo IV (c) del Manual («El derecho a la salud y a la asistencia social y médica”).

V. El derecho a la reagrupación familiar

El principio de protección de la familia consagrado en el artículo 16.3 de la DUDH, que define a la familia como el «elemento natural y fundamental de la sociedad», ha llevado al reconocimiento de una serie de derechos como el derecho al respeto de la vida privada y familiar o el derecho a la reagrupación familiar, por numerosos instrumentos internacionales y regionales.¹⁴⁷

a. Las normas europeas relativas a la reagrupación familiar

Son varios los instrumentos jurídicos del Consejo de Europa que se ocupan de los derechos de la familia, y más particularmente de los derechos de los migrantes y sus familias a la protección y a la asistencia. De acuerdo con el artículo 16 de la CSE (r), la familia se considera el «elemento fundamental de la sociedad», en referencia a la definición dada por la DUDH, y goza de una especial protección. De conformidad con el mismo artículo, las Partes que han aceptado la citada disposición se han comprometido a garantizar el pleno desarrollo de la familia, por medio del fomento de «la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayuda a los recién casados o por medio de cualesquiera otras medidas adecuadas».

El derecho a la reagrupación familiar (artículo 19 ESC (r)) se aplica a los migrantes nacionales de otros Estados partes que residen legalmente o trabajan regularmente en su territorio, así como a los refugiados y apátridas en la medida en que los Estados estén sujetos a la Convención de Ginebra y a la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas.

147. En particular, los artículos 17, 23 y 24 del PIDCP; los artículos 3, 9, 10 de la CDN; el artículo 8 del CEDH; artículo 16 de la CSE (r) y los artículos 7 y 24 de la Carta de la UE.

Además, el artículo 19 de la CSE (r) garantiza el derecho de los trabajadores migratorios y sus familias a la protección y la asistencia, y obliga a los Estados, entre otras cuestiones, a «facilitar en lo posible la reagrupación de la familia del trabajador extranjero a quien se le haya autorizado para establecerse dentro del territorio».¹⁴⁸ Sin embargo, estas disposiciones deben leerse a la luz del Anexo relativo al ámbito de aplicación personal de la CSE (r), que establece que los derechos de la CSE (r) se aplicarán a los migrantes que, siendo nacionales de otros Estados Partes, residan legalmente o trabajen habitualmente dentro de su territorio, así como a los refugiados y personas apátridas en la medida en que los Estados estén obligados por la Convención de Ginebra y la Convención relativa al Estatuto de los Apátridas.¹⁴⁹ En consecuencia, la protección del artículo 19 de la CSE (r), que se extiende a las familias, abarca solo a los familiares de los trabajadores migrantes que, siendo nacionales de otras Partes contratantes, estén residiendo legalmente en su territorio.

Ejemplos:

- ▶ CEDS, «Conclusiones XIV-1», Grecia, p. 366 (sobre la prevención de propaganda engañosa relacionada con la emigración y la inmigración);
- ▶ CEDS, «Conclusiones VII», Reino Unido, p. 103 (sobre la exclusión del acceso a la formación profesional basada en la discriminación contra los trabajadores extranjeros);
- ▶ CEDS, «Conclusiones IV», Noruega, p. 121 (sobre la discriminación indirecta entre noruegos y extranjeros con respecto a la compraventa de bienes inmuebles);
- ▶ CEDS, «Conclusiones XIV-1», Grecia, p. 316 (sobre la conformidad de la legislación griega de inmigración, que estipula que solo aquellas enfermedades contagiosas enumeradas en los reglamentos sanitarios de la Organización Mundial de la Salud pueden ser un obstáculo para la concesión de una solicitud de reagrupación familiar).

El Comité de Ministros ha afirmado el deber de los Estados de garantizar el respeto por la vida familiar. En su Recomendación nº R (1999) 23, el Comité declaró que «los derechos y las prerrogativas que los Estados miembros deben otorgar para reagrupar a los miembros de una familia deberían ser, en principio, los mismos que los otorgados a aquel familiar de un refugiado

148. Artículo 19.6 de la CSE (r) sobre el derecho de los trabajadores migratorios y sus familias a la protección y a la asistencia.

149. Anexo de la CSE (r) (Ámbito de aplicación, párrafos 2 y 3).

u de otra persona necesitada de protección internacional, respectivamente».¹⁵⁰ Además, en este documento, el Comité de Ministros recomienda que las solicitudes de reagrupación familiar presentadas por refugiados, o por aquellas personas que necesiten protección internacional se traten de manera “positiva, breve y humana”, y que se prevea un procedimiento de revisión independiente e imparcial en caso de denegación de la solicitud.¹⁵¹ Por último, el Comité de Ministros ha indicado en la Recomendación Rec (2002) 4 que aquel familiar que hubiese sido autorizado en el territorio de un Estado a la reagrupación familiar debe recibir «un permiso de residencia renovable por la misma duración del permiso que tiene el familiar reagrupante».¹⁵²

De conformidad con el derecho al respeto de la vida familiar consagrado en el artículo 8 del CEDH, el TEDH ha establecido que, en determinadas circunstancias, los miembros de la familia de un migrante deben obtener los permisos de entrada y de residencia en el país de acogida, independientemente de su condición de refugiado o de otro tipo. Tales circunstancias específicas han sido consideradas de manera exhaustiva por el TEDH, aplicando el derecho al respeto por la vida familiar. La obligación surge solo en circunstancias limitadas, habiendo enfatizado el TEDH que el artículo 8 no requiere que los Estados tengan que respetar la opción del lugar de residencia de un matrimonio o autorizar la reagrupación familiar en su territorio.

Ejemplo:

- ▶ STEDH *Gül c. Suiza*, de 19 de febrero de 1996, párrafo 38: «el presente caso concierne no solo a la vida familiar sino también a la inmigración, y el alcance de la obligación del Estado de admitir en su territorio a los familiares de los inmigrantes establecidos variará de acuerdo con las circunstancias particulares.

de las personas implicadas y del interés general. Como cuestión fundamental del Derecho Internacional sujeta a las obligaciones establecidas en los tratados, un Estado tiene derecho a controlar la entrada de extranjeros en su territorio. Además, en lo que respecta a la inmigración, no se puede considerar que el artículo 8 imponga a un Estado la obligación general de respetar la elección de los matrimonios del país elegido para su residencia conyugal ni la obligación de autorizar la reagrupación familiar en su territorio.

150. Comité de Ministros 1999, párrafo 3.

151. *Ibid.*, párrafo 4.

152. Comité de Ministros 2002, párrafo II.1 sobre el permiso de residencia de los miembros de la familia.

Para establecer el alcance de las obligaciones del Estado, deben considerarse las circunstancias de cada caso”;

- ▶ STEDH *Tuquabo-Tekle y otros c. los Países Bajos*, de 1 de diciembre de 2005, párrafo 42: «el Tribunal reitera que el objeto esencial del artículo 8 es proteger al individuo contra las acciones arbitrarias de las autoridades públicas. Además, pueden concurrir también obligaciones positivas inherentes al «respeto» efectivo de la vida familiar. Sin embargo, los límites entre las obligaciones positivas y las negativas del Estado, en virtud de esta disposición, no se prestan a una definición precisa. Sin embargo, los principios aplicables son similares. En ambos contextos, debe tenerse en cuenta el justo equilibrio que debe alcanzarse entre los intereses contrapuestos del individuo frente a los de la comunidad en su conjunto y, en ambos contextos, el Estado goza de un cierto margen de apreciación.”

Sin embargo, a la luz del derecho al respeto de la vida familiar y a la reagrupación familiar, los Estados tienen la obligación de facilitar la reagrupación de las familias, en los casos en los que una persona migrante que ya resida en el territorio de un Estado miembro del Consejo de Europa se enfrente a un obstáculo objetivo insuperable para desarrollar su vida familiar en su país de origen.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Mugenzi c. Francia*, de 10 de julio de 2014 y STEDH *Tanda-Muzinga c. Francia*, de 10 de julio de 2014, en las que el Tribunal destacó en particular:
- ▶ la necesidad crítica de evaluar las solicitudes de visados de manera rápida, rigurosa y prestando especial atención a la existencia de familiares refugiados de los solicitantes (párrafo 52 del asunto *Mugenzi* y párrafo 75 del asunto *Tanda-Muzinga*);
- ▶ la obligación del Estado de aplicar un procedimiento que tenga en cuenta si el solicitante tiene familiares refugiados, así como el impacto perturbador del procedimiento en su vida familiar (párrafo 52 del asunto *Mugenzi*);
- ▶ la unidad familiar como un derecho esencial de los refugiados que les permite reanudar una vida normal, en apoyo al mandato del ACNUR (párrafo 75 *Tanda-Muzinga*)
- ▶ el consenso internacional y europeo sobre la necesidad de que los refugiados se beneficien de un procedimiento de reagrupación familiar más favorable en comparación con el establecido para otros extranjeros,

basándose en el mandato del ACNUR y en la Directiva de reagrupación familiar (párrafo 75 del asunto *Tanda-Muzinga*)

- ▶ STEDH *Bajsultanov c. Austria*, de 12 de junio de 2012, párrafo 90: «la esposa del demandante nació en Grozny y pasó toda su vida en Chechenia hasta que se fue a vivir a Austria con su marido. Los hijos de la pareja todavía tienen una edad adaptable. La esposa del demandante, que tiene el permiso de residencia en Austria para ella y los menores, en función de su estatuto de refugiados, podría tener un considerable interés en no regresar a Chechenia. Pero, aunque el Tribunal no subestima las dificultades de una reagrupación familiar, no hay indicios de que existan obstáculos insuperables en el camino de la esposa y de los hijos del demandante para que sigan al demandante a Chechenia y desarrollen su vida familiar allí”;
- ▶ TEDH *Benamar y otros c. los Países Bajos*, Reclamación nº 43786/04, Decisión de 5 de abril de 2005: «Aunque el Tribunal aprecia que los demandantes prefieran, en la actualidad, mantener y consolidar su vida familiar en los Países Bajos, el artículo 8, como se señaló anteriormente, no garantiza el derecho a elegir el lugar más adecuado para desarrollar la vida familiar. Además, el Tribunal no ha encontrado indicios de obstáculo objetivo insuperable alguno para que los demandantes puedan desarrollar su vida familiar en Marruecos. A este respecto, el Tribunal considera que no se ha confirmado la imposibilidad de que la madre y su esposo actual, ambos de nacionalidad marroquí, puedan regresar a Marruecos para residir allí con sus hijos.”

Además, las condiciones para la reagrupación familiar pueden constituir una violación del derecho al respeto por la vida familiar en aquellos supuestos en los que se pueda demostrar que no sean razonables. El TEDH ha reconocido que exigir la justificación de unos ingresos regulares suficientes y, por lo tanto, de la capacidad de satisfacer las necesidades básicas y los costes de subsistencia de la familia no son requisitos irracionales.¹⁵³

Ejemplo:

- ▶ TEDH *Haydarie y otros c. los Países Bajos*, Reclamación nº. 8876/04, Decisión de 20 de octubre de 2005: «en principio, el Tribunal no considera irracional el requisito de que un extranjero que solicite la reagrupación familiar deba probar que él o ella disponga de suficientes ingresos de forma independiente y duradera, que no sean prestaciones sociales, para

153. También reconocida previamente por el Comité de Ministros (1978, Preámbulo).

cubrir los costes básicos de subsistencia de los miembros de su familia con quienes solicita la reagrupación. En cuanto a la cuestión de si dicho requisito es razonable para el presente caso, el Tribunal considera que no se ha demostrado que la demandante hubiese buscado efectivamente un empleo remunerado desde el 10 de octubre de 2000, fecha en la que obtuvo el correspondiente permiso de trabajo en los Países Bajos. Si bien es cierto que sus cursos de costura y lengua en los Países Bajos pueden haber sido útiles a este respecto, no hay ninguna indicación en el expediente de que hubiese solicitado un trabajo».

El TEDH ha estimado que un supuesto de discriminación, como aquella basada en el género de los migrantes que ya se encuentran bajo la jurisdicción del país de destino, puede dar lugar a una violación del derecho a la vida familiar del artículo 8 del CEDH, junto con el derecho a la no discriminación del artículo 14 del CEDH.

Ejemplos:

- ▶ STEDH, *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido* (Pleno), de 24 de abril de 1985, párrafo 82: «sigue habiendo una justificación más general alegada por el Gobierno, a saber, que el Reino Unido no violó el artículo 14 por el hecho de que actuó con más generosidad en algunos aspectos de lo que requiere el Convenio, es decir, en lo que respecta a la admisión de esposas y prometidas extranjeras de los hombres residentes en el país. El Tribunal no puede aceptar este argumento, dado que implicaría que el artículo 14 se refiere a la evitación de la discriminación en el ejercicio de los derechos del Convenio, pero permitiendo que los requisitos establecidos por el Convenio, en cuanto a esos mismos derechos, puedan ser cumplidos de diferentes maneras. El concepto de discriminación en el sentido del artículo 14 incluye, por lo general, los casos en que una persona o grupo sea tratado, sin una justificación adecuada, de manera menos favorable que otra persona o grupo, aunque el Convenio no requiera un trato más favorable».
- ▶ STEDH *Hode y Abdi c. Reino Unido*, de 6 de febrero de 2013: el Tribunal concluyó que los demandantes se encontraban en una situación análoga a la de los refugiados que se hubiesen casado antes de abandonar su país, y que hubiesen obtenido un permiso de residencia por un período limitado en el Reino Unido, siendo la única diferencia el momento de sus respectivos matrimonios. También se encontraban en una situación análoga a la de los estudiantes y trabajadores que disfrutasen de un permiso de residencia por un periodo limitado en el

Reino Unido. El Tribunal consideró que el trato diferente otorgado a los refugiados con respecto a la reagrupación de los cónyuges, casados después de huir de sus países de origen, carecía de una justificación objetiva y razonable, concluyendo que se había producido una violación del artículo 14 del CEDH junto con el artículo 8 del CEDH.

b. El concepto de familia

Para determinar quién tiene derecho a la reagrupación familiar, los diferentes órganos del Consejo de Europa han establecido una serie de definiciones de la noción de familia. En el sentido de la CSE (r), el Anexo explica que «la expresión “familia del trabajador extranjero” se interpretará en el sentido de que se refiere al cónyuge del trabajador y a sus hijos solteros, mientras éstos sean considerados menores por la legislación aplicable del Estado receptor y estén a cargo del trabajador».¹⁵⁴

El TEDH ha establecido una definición amplia, que ha evolucionado a lo largo del tiempo, de acuerdo con los cambios en las percepciones y actitudes hacia el concepto de familia en las sociedades europeas. El Tribunal ha estimado que se deben tener en cuenta tanto las familias *de iure* como las *de facto*. En este sentido, el TEDH valora los vínculos existentes dentro de la familia, independientemente del estado civil, la orientación sexual o la identidad de género. La definición establecida por el TEDH de la familia del migrante, a los efectos de la reagrupación, incluye a los padres, los hijos, los hermanos, y los ascendientes directos. También ha estimado que los adultos jóvenes que aún dependan de sus padres son, del mismo modo, objeto del alcance de la protección de la vida familiar.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Schalk y Kopf c. Austria*, de 24 de junio de 2010, párrafo 93 (relativa a la evolución de las actitudes de la sociedad hacia las parejas del mismo sexo);
- ▶ STEDH *Osman c. Dinamarca*, de 14 de junio de 2011, párrafo 55 (relativa a los adultos jóvenes que, sin haber fundado su propia familia aún, la relación con sus padres, y también con otros familiares cercanos, constituye una «vida familiar”).

En el asunto *Onur c. Reino Unido*, el TEDH afirmó que los vínculos familiares entre los hijos y los padres existen «*ipso iure* desde el momento del

154. Anexo de la CSE (r) (Parte II, artículo 19.6).

nacimiento», independientemente de si los padres son una pareja casada o una pareja de hecho. Además, el Tribunal agregó que la ausencia de convivencia no excluye los vínculos familiares, ya que «otros factores pueden servir para demostrar que una relación tiene la suficiente constancia para crear vínculos familiares de facto», como «la naturaleza y la duración de la relación de los padres y, en particular, el hecho de si planean tener un hijo, si el padre posteriormente reconoce al hijo como suyo, las contribuciones hechas al cuidado y a la crianza del hijo, o la calidad y la regularidad del contacto». ¹⁵⁵ En el asunto *Ciliz c. los Países Bajos*, el TEDH estimó que el vínculo natural que caracteriza a los vínculos familiares que existen entre los padres y sus hijos nacidos dentro del matrimonio no se «rescinde debido a que, por el hecho de que los padres se separen o divorcien, el hijo deje de vivir con uno de ellos». ¹⁵⁶

Además, con respecto a las parejas del mismo sexo, el TEDH ha establecido que «un niño nacido de tal relación forma parte ipso iure de esa unidad ‘familiar’ desde el momento y por el mismo hecho de su nacimiento». ¹⁵⁷ En el asunto *Schalk y Kopf c. Austria*, el Tribunal estimó que la evolución de las actitudes sociales hacia las parejas del mismo sexo en los países europeos implica que es «artificial mantener la opinión de que, en contraste con una pareja de diferente sexo, una pareja del mismo sexo no puede disfrutar de una vida familiar a los efectos del artículo 8 del CEDH. En consecuencia, la relación de los demandantes, una pareja del mismo sexo que cohabita y que vive en una unión de hecho estable, queda cubierta por la noción de «vida familiar», tal como lo haría la relación de una pareja de diferente sexo en la misma situación». ¹⁵⁸

La posición de la APCE queda recogida en la Recomendación 1327 (1997) sobre la protección y el refuerzo de los derechos humanos de los refugiados y solicitantes de asilo en Europa, reiterada en la Recomendación 1686 (2004) sobre la movilidad humana y el derecho a la reagrupación familiar, en línea con la interpretación del TEDH. Dicha Recomendación insta a los «Estados miembros a interpretar el concepto de familia de los solicitantes de asilo de forma que incluya a aquellos familiares de hecho (familia natural) como, por ejemplo, al compañero o compañera de un o una solicitante

155. STEDH *Onur c. Reino Unido*, de 27 de febrero de 2009, párrafos 43-44.

156. STEDH *Ciliz c. los Países Bajos*, de 11 de julio de 2000, párrafo.

157. STEDH *Keegan c. Irlanda*, de 26 de mayo de 1994, párrafo 44. TEDH *Kroon y otros c. los Países Bajos*, de 27 de octubre de 1994, párrafo 30.

158. STEDH *Schalk y Kopf c. Austria*, de 24 de junio de 2010, párrafos 91 y 94.

de asilo o a sus hijos naturales, así como a las personas mayores, enfermas o dependientes del solicitante de cualquier otra forma”.¹⁵⁹ Además, en la Recomendación 1686 (2004) sobre la movilidad humana y el derecho a la reagrupación familiar, la APCE recomendó una interpretación extensiva del concepto de familia, teniendo en cuenta los avances de la jurisprudencia del TEDH, que reconoce como miembros de la familia natural a «parejas no casadas, incluidas las parejas del mismo sexo, a los hijos nacidos fuera del matrimonio, a los hijos bajo custodia compartida, a los hijos de adultos dependientes y a los padres dependientes”.¹⁶⁰ Por otra parte, reconociendo el sufrimiento de las parejas del mismo sexo en las uniones transnacionales que, a menudo les obliga a vivir en países separados, la APCE ha indicado que considera que «las normas de inmigración que se aplican a las parejas no deberían diferenciar entre uniones homosexuales y heterosexuales. Por lo tanto, se debe permitir que la prueba de la existencia de una relación como condición de elegibilidad para los derechos de residencia en el caso de las parejas homosexuales no sea un certificado de matrimonio». ¹⁶¹

Finalmente, con respecto a la reagrupación de un menor no acompañado, está ampliamente aceptado el hecho de que las decisiones deban estar basadas en el principio fundamental del interés superior del niño. Por el contrario, el Comité de Ministros ha indicado, por ejemplo, que al decidir «la duración del permiso de residencia otorgado a los menores que sean miembros de la familia, los Estados miembros deben velar primordialmente por el interés superior y el bienestar de estos menores». ¹⁶² Además, con respecto a la verificación de los vínculos familiares, el Comité de Ministros recomendó que los Estados Miembros «dependiesen principalmente de los documentos disponibles proporcionados por el solicitante, por organismos humanitarios competentes o por cualquier otra vía». La ausencia de dichos documentos no debe considerarse per se como un impedimento para la solicitud, pudiendo los Estados miembros solicitar a los solicitantes que presenten pruebas de los vínculos familiares existentes por otros medios». ¹⁶³

159. APCE. 1997 y 2004 (párrafo 8).

160. APCE. 2004, párrafo 12.iii.a.

161. APCE. 2000b, párrafo 6.

162. Comité de Ministros. 2002, párrafo II.1.

163. Comité de Ministros. 1999, párrafo 4. Pueden encontrarse principios de naturaleza similar en el Consejo de la Unión Europea. 2003b.

VI. La expulsión de los migrantes

El artículo 1 del Protocolo n.º 7 del CEDH¹⁶⁴ establece una serie de garantías en relación con la expulsión de los extranjeros. Según su informe explicativo, el término «expulsión» comprende todas las formas de transferencia involuntaria de un individuo de un territorio determinado:

El concepto de expulsión se usa en un sentido genérico como cualquier medida que obligue a la extracción de un extranjero del territorio, pero no incluye la extradición. La expulsión, en este sentido, es un concepto autónomo que es independiente de cualquier definición contenida en la legislación nacional. Sin embargo, no se aplica a la devolución de extranjeros que hayan ingresado ilegalmente en el territorio, a menos que su situación haya sido posteriormente regularizada.¹⁶⁵

En el caso de *Nolan y K. contra Rusia*, el TEDH declaró, también, que el concepto de expulsión es autónomo e independiente de las definiciones establecidas por la legislación interna. El TEDH explicó que «con la excepción de la extradición, cualquier medida que obligue a la salida de un extranjero del territorio donde residía legalmente constituye una ‘expulsión’». ¹⁶⁶

Si bien la protección de los derechos humanos sustantivos de los migrantes relativos a la expulsión está universalmente regulada, tanto por los sistemas internacionales de derechos humanos como por los regionales, existen diferencias significativas en cuanto a la protección procesal frente a la expulsión garantizada por los diversos tratados de derechos humanos.

La expulsión incluye: el rechazo en la frontera, el traslado, el retorno, la exclusión, la deportación, la devolución y la retirada del visado de residencia de aquellas personas que vuelven a su país de residencia.

164. Consejo de Europa, Protocolo n.º 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales

165. Consejo de Europa.1984, párrafo 10.

166. STEDH *Nolan y K. c. Rusia*, de 12 de febrero de 2009, párrafo 112.

a. Los derechos sustantivos de los migrantes

Paralelamente a la protección procesal, el Derecho internacional de los refugiados y las normas internacionales sobre extradición han establecido un conjunto de derechos sustantivos para proteger a los migrantes potencialmente sujetos a una expulsión. Estos derechos interfieren con el principio de soberanía territorial, ya que limitan el control de los Estados sobre la entrada de los extranjeros en su territorio y restringen su discrecionalidad con respecto a las expulsiones de su territorio, en los supuestos en los que la expulsión implica el riesgo de causar violaciones de derechos humanos.

i. El principio de *no devolución*

Los derechos sustantivos de los migrantes relativos a la expulsión derivan esencialmente del principio de no devolución consagrado en el artículo 33 de la Convención de Ginebra¹⁶⁷ que prohíbe la expulsión o el retorno de un refugiado a aquellos territorios en «donde su vida o libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social particular u opiniones políticas». El principio fue establecido por primera vez en 1933 por la Convención sobre el Estatuto Internacional de los Refugiados de la Sociedad de las Naciones¹⁶⁸ y está expresamente previsto en el artículo 3 de la CCT, que prohíbe la expulsión, devolución o extradición de una persona allí «donde existan motivos fundados para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura». Actualmente, el principio de no devolución está reconocido como un principio de Derecho internacional consuetudinario vinculante para todos los Estados, ligado a la obligación de reconocer, garantizar y proteger los derechos humanos de todas las personas bajo su jurisdicción.¹⁶⁹ Es un principio absoluto sobre el que no pueden aplicarse ningún tipo de excepciones.¹⁷⁰

Como se ha mencionado anteriormente, el principio de no devolución es aplicable a todas las formas de traslado de personas, incluida la extradición. El artículo 3 del Convenio Europeo de Extradición¹⁷¹ y el artículo 5

167. AGNU, Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

168. Sociedad de las Naciones, Convención sobre el Estatuto Internacional de los Refugiados, artículo 3.

169. STEDH *Soering c. Reino Unido* (Pleno), 7 de julio de 1989, párrafo 87.

170. AGNU. 1997, párrafo 3.

171. Consejo de Europa, Convenio Europeo de Extradición.

del Convenio Europeo sobre Represión del Terrorismo¹⁷² regulan el citado principio al excluir la concesión de la extradición cuando concurren motivos para creer que la solicitud fue hecha con el «objeto de perseguir o castigar a una persona a causa de su raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas o cuando la situación de dicha persona corra el riesgo de agravarse por una u otra de estas razones».

ii. El ámbito de aplicación de la protección del principio de *no devolución* en virtud de la Convención de Ginebra

Las personas beneficiarias de la protección

De conformidad con el artículo 33.1 de la Convención de Ginebra, la protección contra la devolución abarca no solo a los migrantes presentes en el territorio, sino también a los que se encuentran en la frontera.¹⁷³ Se aplica además a los refugiados y a los solicitantes de asilo, tanto si se encuentran en proceso de reconocimiento como si tienen la intención de obtenerlo.

Los Estados interesados

Los riesgos a tomar en consideración no se limitan a los existentes en el país de origen o de residencia habitual del extranjero. La definición de esos riesgos es mucho más amplia y se extiende a los supuestos de devolución indirecta. En este sentido, debe entenderse que la protección incluye los riesgos que puedan surgir en cualquier país al que el migrante pueda ser enviado, incluidos los Estados susceptibles de deportar a la persona a un tercer país inseguro: «el principio de no devolución se aplica no solo con respecto al país de origen, sino en relación con cualquier otro país en el que una persona tenga motivos para temer ser perseguida».¹⁷⁴

Las restricciones al principio de *no devolución*

Del mismo modo que ocurre con la protección procesal de los migrantes objeto de expulsión, el principio de no devolución también está sujeto a una única restricción. De acuerdo con el artículo 33.2 de la Convención de Ginebra, cuando el Estado tenga razones fundadas para considerar a un refugiado «como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra,

172. Consejo de Europa, Convenio Europeo sobre Represión del Terrorismo.

173. ACNUR. 1977a, párrafo (c). Véase también ACNUR. 1980, párrafo (b).

174. ACNUR, 1977b, párrafo 4.

o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país». En el sentido de la Convención, el peligro debe afectar al país de refugio y amenazar a la seguridad o a la comunidad del Estado en cuestión.

iii. El principio de *no devolución* en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos

El CEDH no establece explícitamente el principio de no devolución. Sin embargo, el TEDH ha reconocido dicho principio a través de su jurisprudencia, al deducir del artículo 1 del CEDH una obligación implícita de los Estados Partes de proteger a los migrantes frente a su devolución. El Tribunal ha estimado que la obligación de «garantizar a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción los derechos y libertades»¹⁷⁵ garantizados por el CEDH, junto con el requisito de que tales derechos sean efectivos, crea la obligación a los Estados de abstenerse de deportar o extraditar a personas extranjeras que se enfrentan a un riesgo de violación de sus derechos en el país de destino.

Ejemplo:

- ▶ STEDH *Soering c. Reino Unido* (Pleno), 7 de julio de 1989, párrafos 87 y 90: «el objeto y la finalidad del Convenio como instrumento para la protección de las personas individuales requieren que sus disposiciones se interpreten y apliquen de tal manera que sus garantías sean efectivas. Además, cualquier interpretación de los derechos y las libertades garantizados debe ser coherente con «el espíritu general del Convenio, un instrumento diseñado para mantener y promover los ideales y valores de una sociedad democrática’... Normalmente no corresponde a las instituciones del Convenio pronunciarse sobre la existencia o no de posibles violaciones del mismo. Sin embargo, cuando un solicitante alegue que una decisión de extradición, en caso de ser ejecutada, pueda ser contraria al artículo 3 en razón de sus consecuencias previsibles en el país solicitante, es necesario distanciarse de este principio, tomando en consideración el carácter grave e irreparable del supuesto sufrimiento del riesgo alegado, a fin de garantizar la efectividad de la garantía prevista en ese artículo”.

175. STEDH *Saadi c. Italia* (GS), de 28 de febrero de 2008, párrafo 127; STEDH *Chahal c. Reino Unido* (GS), de 15 de noviembre de 1996, párrafo 79.

De acuerdo con el Tribunal, el principio de no devolución tiene por objeto proteger «los valores fundamentales de las sociedades democráticas». En esta línea, la obligación de los Estados contratantes de respetar y garantizar los derechos establecidos en el CEDH, de todas las personas que se encuentren en su territorio y bajo su jurisdicción, implica el compromiso de no extraditar, deportar, devolver o expulsar a una persona de su territorio, cuando concurren motivos fundados para creer que existe un riesgo real de daños irreparables, como el contemplado en los artículos 2 y 3 del CEDH, ya sea en el país al que se efectuará la expulsión o en cualquier otro país al que la persona pueda ser posteriormente trasladada. Las autoridades judiciales y administrativas pertinentes deben ser conscientes de la necesidad de garantizar el cumplimiento de las obligaciones del TEDH en tales asuntos.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Bader y Kanbor c. Suecia*, de 8 de noviembre de 2005, párrafo 48 (la deportación del demandante a un país donde puede ser ejecutado constituye una violación del artículo 2 del CEDH y del artículo 3 del CEDH);
- ▶ TEDH *Al-Moayad c. Alemania*, Reclamación nº. 35865/03, Decisión de 20 de febrero de 2007, párrafos 100-02 y 107 (no hay motivos fundados para creer que el demandante, sospechoso de terrorismo, podría sufrir una flagrante denegación del derecho a un juicio justo al ser extraditado a los Estados Unidos, ni posteriormente ser detenido sin acceso a un abogado y a los tribunales penales ordinarios de los Estados Unidos);
- ▶ STEDH, *N. c. Suecia*, 20 de julio de 2010, párrafos 55 y 62 (relativa a una mujer afgana. El TEDH determinó que las mujeres son un grupo particularmente vulnerables a sufrir malos tratos en Afganistán).

Además, el Tribunal ha estimado que el principio de no devolución se aplica cuando la expulsión o la devolución pueda crear un riesgo real y personal para el extranjero. Esto significa que las consecuencias de la expulsión deben ser previsibles y que el riesgo debe ser probado por la persona que solicita la protección. El Tribunal ha declarado que «para determinar si existe riesgo de malos tratos, el TEDH debe examinar las consecuencias previsibles de deportar al demandante al país receptor, teniendo en cuenta la situación general de dicho país y las circunstancias personales del demandante».¹⁷⁶

176. STEDH *Saadi c. Italia* (GS), op. cit., párrafo 130.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Saadi c. Italia* (GS), de 28 de febrero de 2008, párrafo 125: «la expulsión por un Estado contratante puede dar lugar a una vulneración del artículo 3 y, por lo tanto, comprometer la responsabilidad de ese Estado en virtud del Convenio, en aquellos supuestos en los que se haya demostrado que la persona interesada, si es deportada, corre un riesgo real de ser sometida a un trato contrario al artículo 3. En tal caso, el artículo 3 implica la obligación de no deportar a la persona en cuestión a ese país»;
- ▶ STEDH *Nyanzi c. Reino Unido*, de 8 de abril de 2008, párrafo 51;
- ▶ STEDH *Na c. Reino Unido*, de 17 de julio de 2008, párrafos 109 y 113.

Además, el Tribunal ha estimado que cuando el derecho humano en juego es absoluto, como la prohibición de la tortura, el principio de no devolución se convierte también en absoluto, no estando sujeto a ninguna excepción, ya sea a nivel normativo o en la práctica. Esta regla se aplica a todas las expulsiones, independientemente de aquellas consideraciones relativas a la seguridad nacional u a otros intereses públicos relevantes, presiones económicas o supuestos de gran afluencia de migrantes.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Saadi c. Italia* (GS), de 28 de febrero de 2008, párrafo 138: «Por consiguiente, el Tribunal no puede aceptar el argumento del Gobierno del Reino Unido, respaldado por el Gobierno demandado, de que debe establecerse una distinción en virtud del artículo 3 entre el trato infligido directamente por un Estado signatario y el trato que podrían infligir las autoridades de otro Estado, y que la protección contra esta última forma de maltrato debe sopesarse en relación con los intereses de la comunidad en su conjunto. Como la protección contra aquel tipo de trato prohibido por el artículo 3 es absoluta, esa disposición impone la obligación de no extraditar o expulsar a ninguna persona que, en el país receptor, corra el riesgo real de ser sometida a dicho trato. Como ha sostenido reiteradamente el Tribunal, no cabe ningún tipo de excepción a esa regla»;
- ▶ STEDH *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* (GS), de 21 de enero de 2011, párrafos 223-24: «- STEDH, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* (GS), de 21 de enero de 2011, párrafo 223: «El Tribunal observa, en primer lugar, que los Estados que integran las fronteras exteriores de la Unión Europea están experimentando actualmente unas dificultades considerables para hacer frente a la creciente afluencia de migrantes y solicitantes de asilo. La

situación se ve agravada por las transferencias de solicitantes de asilo por otros Estados miembros en aplicación del Reglamento de Dublín. El Tribunal no subestima la carga y la presión que esta situación impone a los Estados interesados, que son aún mayores en el contexto actual de crisis económica. El Tribunal es particularmente consciente de las dificultades que entraña la recepción de migrantes y de solicitantes de asilo a su llegada a los principales aeropuertos internacionales y del número desproporcionado de solicitantes de asilo en comparación con las capacidades de algunos de estos Estados. Sin embargo, teniendo en cuenta el carácter absoluto del artículo 3, todo ello no puede eximir a un Estado de sus obligaciones en virtud de esta disposición. En consecuencia, el Tribunal no acepta el argumento del Gobierno griego de que deberían tenerse en cuenta estas difíciles circunstancias al examinar las alegaciones del demandante en virtud del artículo 3.”

Por último, el TEDH ha sostenido reiteradamente que las garantías diplomáticas¹⁷⁷ casi nunca son suficientes para permitir una deportación a aquellos países sobre los que hay publicados informes fiables de que las autoridades nacionales toleran la tortura.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* (GS), de 21 de enero de 2011, párrafo 354: “Además, el Tribunal es de la opinión que las garantías diplomáticas ofrecidas por Grecia a las autoridades belgas no constituyen una garantía suficiente. El Tribunal señala, en primer lugar, que el acuerdo de responsabilidad en aplicación del Reglamento Dublín fue enviado por las autoridades griegas con posterioridad a la orden de expulsión y que ésta última fue dictada solo en base a un acuerdo tácito de las autoridades griegas. En segundo lugar, el Tribunal destaca que el documento de asunción de responsabilidad está redactado en términos genéricos (apartado 24) y no contiene ninguna garantía relativa al interesado en persona. En cuanto al documento informativo redactado por las autoridades griegas y mencionado por el Gobierno belga, no contenía, de hecho, ninguna garantía individual y se limitaba a mencionar la legislación aplicable sin ninguna información pertinente relativa la situación en la práctica».

177. Las garantías diplomáticas son garantías escritas por parte de las autoridades del Estado de destino al Estado de expulsión por las que se asegura que la persona que se deporta no estará sujeta a tortura ni a otras violaciones de derechos humanos.

- ▶ STEDH *Soldatenko c. Ucrania*, de 23 de octubre de 2008, párrafo 73: «Además, el Tribunal observa que, en su carta, de 19 de abril de 2007, el Fiscal General Adjunto de Turkmenistán escribió que los requisitos del artículo 3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales serían cumplidos con respecto al demandante y que no sería sometido a torturas, tratos o penas inhumanos o degradantes tras la extradición. El Tribunal observa, sin embargo, que no está en absoluto justificado el hecho de que el Fiscal General Adjunto, o la institución a la que él mismo representa, estuviesen facultados para establecer tales garantías en nombre del Estado. Además, dada la falta de un sistema eficaz de prevención de la tortura, sería difícil verificar el respeto de tales garantías. Finalmente, el Tribunal destaca que los informes internacionales de derechos humanos han demostrado, por su parte, la existencia de graves problemas con respecto a la cooperación internacional de las autoridades turcomanas en el campo de los derechos humanos y las múltiples negaciones categóricas de la existencia de violaciones a los derechos humanos, a pesar de la consistente información procedente tanto de organizaciones intergubernamentales como de fuentes no gubernamentales.”

La evaluación del riesgo de violación de los derechos humanos en caso de expulsión o devolución

La evaluación del riesgo de violación de los derechos humanos en caso de expulsión o devolución El TEDH ha aceptado reiteradamente que el riesgo no necesariamente tiene que proceder de agentes nacionales y ha aplicado la protección del principio de *no devolución* a las amenazas de violaciones de derechos humanos cometidas por agentes no estatales, como miembros de la familia o grupos armados. También, el Tribunal ha aplicado dicha protección cuando el Estado ha sido incapaz o no ha estado dispuesto a proteger a la persona en riesgo. La APCE ha instado a los Estados a reconocer que «la persecución proceder no solo de las autoridades del país de origen del solicitante de asilo, sino también de otras entidades sin vínculo con el Estado y sobre las cuales éste no ejerce control alguno»¹⁷⁸

Ejemplos:

- ▶ STEDH *H.L.R. c. Francia* (GS), de 19 de febrero de 1998, párrafo 40: «debido a la naturaleza absoluta del derecho garantizado, el Tribunal no excluye la posibilidad de que el artículo 3 del Convenio se aplique

178. APCE. 2000a, párrafo 6.

también en los supuestos en los que el peligro emane de personas o grupos de personas que no sean funcionarios públicos. Sin embargo, debe probarse que el riesgo sea real y que las autoridades del Estado de recepción no puedan evitar el riesgo mediante la garantía de una protección adecuada»;

- ▶ STEDH *N. c. Finlandia*, de 26 de julio de 2005, párrafos 164-65: «El caso del presente demandante difiere del asunto H.L.R. c. Francia dado que la totalidad de las pruebas presentadas ante el Tribunal respaldan su propia versión de haber trabajado en la Guarda Presidencial, la DSP, habiendo formado parte del círculo íntimo del presidente Mobutu y habiendo participado en varios eventos en los que los disidentes, considerados como una amenaza para el presidente, fueron identificados como potenciales víctimas de hostigamiento, detención y ejecución. En estas circunstancias, hay razones para creer que la situación del demandante podría ser peor que la de la mayoría de los otros ex simpatizantes de Mobutu, y que las autoridades no necesariamente podrían o no estarían dispuestas a protegerlo contra las amenazas mencionadas. Tampoco se puede excluir que la publicidad que rodea a la solicitud de asilo y a los recursos presentados en Finlandia por el demandante pueda generar sentimientos de venganza en los familiares de los disidentes, posiblemente afectados por las acciones del demandante al servicio del presidente Mobutu”.

Del mismo modo que en el Derecho internacional de los refugiados, la definición de riesgo, de acuerdo con el sentido interpretado por la jurisprudencia del TEDH, exige que las consecuencias de la deportación o de la devolución sean reales y que afecten personalmente a aquella persona que solicite la protección del principio de no devolución. El TEDH ha afirmado que debe haber motivos sustanciales para creer que el riesgo sea real y de que no se trate de meras sospechas.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Soering c. Reino Unido* (Pleno), de 7 de julio de 1989, párrafos 85-91 (relativa al riesgo de traslado al «corredor de la muerte»);
- ▶ STEDH *Cruz Varas y otros c. Suecia* (Pleno), de 20 de marzo de 1991, párrafo 69 (relativa al riesgo de tortura);
- ▶ STEDH *Chahal c. Reino Unido* (GS), de 15 de noviembre de 1996, párrafo 74 (relativa al riesgo de un trato contrario al artículo 3 del CEDH);
- ▶ STEDH *Muminov c. Rusia*, de 11 de diciembre de 2008, párrafo 130 (relativa al riesgo de una flagrante denegación de la tutela judicial efectiva en el país solicitante);

- ▶ STEDH *Z. y T. c. Reino Unido*, Demanda nº. 27034/05. Decisión de 28 de febrero de 2006 (relativa al riesgo de flagrante denegación de la libertad religiosa).

En cuanto a la exigencia de un riesgo personal, ésta presupone que la persona extranjera sujeta a una expulsión o devolución puede demostrar que estaría directamente expuesta a una violación de sus derechos humanos. Sin embargo, el TEDH ha sostenido que el riesgo puede ser personal incluso cuando la persona no sea individualmente atacada, sino que simplemente pertenezca a un grupo determinado o se encuentre en una situación similar a las personas cuyos derechos sean violados en el país de destino. El extranjero que invoque el principio de *no devolución* deberá, en este caso, probar que se trata de una práctica común o generalizada, y que se le puede identificar como un miembro perteneciente al grupo que es víctima de abusos. El TEDH ha estimado que:

En los casos en que un demandante alegue que él o ella es miembro de un grupo sistemáticamente expuesto a una práctica de malos tratos, el TEDH considera que la protección del artículo 3 del Convenio es de aplicación cuando el demandante pruebe, cuando sea necesario de acuerdo con las fuentes mencionadas en el párrafo anterior, que concurren fundados motivos para creer en la existencia de la práctica en particular, así como de su pertenencia al grupo en cuestión. En relación con el momento de los hechos que deben probarse, la existencia del riesgo debe apreciarse principalmente con referencia a aquellos hechos que el Estado Contratante conoce o debe haber conocido en el momento de la expulsión. Sin embargo, si el demandante aún no ha sido extraditado o deportado mientras el TEDH esté examinando el caso, el momento relevante será el de los procedimientos ante el TEDH... En consecuencia, si bien es cierto que los hechos pasado son de interés, en la medida en que arrojan luz sobre la situación actual y la forma en que probablemente se desarrolle, son decisivas las circunstancias actuales.¹⁷⁹

Ejemplo de grupos o de individuos en situaciones que desencadenen la protección del principio de *no devolución*:

- ▶ STEDH *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* (GS), de 21 de enero de 2011, párrafos 296-97: «la situación de Afganistán ha planteado y sigue planteando un problema generalizado de inseguridad, y el demandante pertenece a una categoría de personas particularmente expuestas a represalias por parte de las fuerzas antigubernamentales por motivo del trabajo que realizó como intérprete de las fuerzas aéreas internacionales»;

179. STEDH *Saadi c. Italia* (GS), op. cit., párrafos 132-33.

- ▶ STEDH *Salah Sheekh c. los Países Bajos*, de 11 de enero de 2007, párrafo 148 (el demandante era miembro de una minoría procedente del sur de Somalia, siendo muy poco probable que pudiera obtener protección de una banda de alguna de las zonas «relativamente seguras»). El TEDH observó que los tres grupos más vulnerables en Somalia eran los desplazados internos, las minorías y los retornados del exilio. En caso de ser expulsado a las áreas «relativamente seguras», el demandante hubiese pertenecido a las tres categorías);
- ▶ STEDH *Na c. Reino Unido*, de 17 de julio de 2008, párrafos 116-17 (relativa a altos cargos de un partido político de la oposición);
- ▶ STEDH *Khodzhayev c. Rusia*, de 12 de mayo de 2010 (relativa a una persona acusada y detenida por la comisión de delitos penales);
- ▶ STEDH *S.H. c. Reino Unido*, de 15 de junio de 2010 (relativa al riesgo de que el demandante, un butanés de origen étnico nepalí, pudiese ser sometido a tortura o trato inhumano o degradante en su país de origen, Bután, en caso de ejecución de las medidas de expulsión);
- ▶ STEDH *Isakov c. Rusia*, de 8 de julio de 2010, párrafo 109 (los demandantes figuraban en una lista de personas buscadas por su presunta participación en movimientos extremistas y corrían un riesgo real de persecución, tortura y malos tratos motivada por razones políticas);
- ▶ STEDH *Yuldashev c. Rusia*, de 8 de julio de 2010, párrafo 83 (relativa a unos detenidos);
- ▶ STEDH *Kolesnik c. Rusia*, de 17 de julio de 2010, párrafo 72 (relativa a una persona condenada a prisión).

En casos excepcionales, el TEDH ha reconocido, incluso, la existencia de un riesgo real que implique la aplicación del principio de no devolución en aquellos supuestos en los que el clima general de violencia del país de recepción sea tal que la persona sujeta a su deportación fuese necesariamente a ser expuesta a violencia.

Ejemplo:

- ▶ STEDH *Na c. Reino Unido*, de 17 de julio de 2008, párrafos 113-15...

Además, cabe señalar que el Consejo de Europa ha reconocido que el género y la orientación sexual pueden ser, en algunos países, motivos suficientes para exigir la protección del principio de no devolución. En esta línea, en el asunto *N. c. Suecia*,¹⁸⁰ el Tribunal constató, efectivamente, que las mujeres podrían

180. STEDH *N. c. Suecia*, de 20 de julio de 2010, párrafo 55.

ser un grupo vulnerable y que la expulsión de una mujer afgana a su país violaría el principio de no devolución. Además, el Comité de Ministros, en su Recomendación sobre medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, declaró que los Estados «deben reconocer que un temor bien fundado de persecución basado en la orientación sexual o la identidad de género puede ser un motivo válido para la concesión del estatuto de refugiado y de asilo de acuerdo con la legislación nacional».¹⁸¹

En el caso *M.E. c. Suecia (GS)*¹⁸², relativo a un supuesto de riesgo de expulsión de un solicitante de asilo de Suecia a Libia, que alegaba riesgo de ser perseguido y maltratado por ser homosexual, el Tribunal se basó en el artículo 3 del CEDH (prohibición de la tortura y de tratos inhumanos o degradantes) y estimó indicar al Gobierno de Suecia, de conformidad con el artículo 39 del Reglamento del Tribunal (medidas cautelares), no expulsar al solicitante a Libia hasta nuevo aviso. En el momento en que el asunto fue examinado por la Gran Sala, al solicitante se le había otorgado ya un permiso de residencia en Suecia y, por lo tanto, el Tribunal decidió retirar el asunto de su lista de casos pendientes. Este asunto planteó la cuestión del riesgo al que se enfrenta una persona debido a su orientación sexual, en la medida en la que él o ella pueda llegar a ocultarla. Si bien la Gran Sala no se pronunció finalmente sobre este asunto, los terceros intervinientes y otras fuentes citadas en la sentencia previa de la Sala¹⁸³, como las *“Directrices del ACNUR sobre Protección Internacional No. 9: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género”*, subrayaron el hecho de que, incluso si un solicitante pueda llegar a evitar la persecución ocultando o siendo «discreto» en relación con su orientación sexual o su identidad de género, o ya lo haya hecho previamente, este criterio no constituye un motivo válido para denegarle el estatuto de refugiado.

Los ejemplos de factores o circunstancias relevantes

La evaluación del riesgo debe hacerse en función de la información de la que el Estado contratante es conocedor o debe ser conocedor en el momento de la expulsión de la persona. En los supuestos en los que el TEDH esté examinando una demanda, mientras la persona extranjera objeto de la expulsión aún no haya sido deportada, el riesgo debe ser valorado a la luz de la información disponible en dicho momento. Además, el TEDH ha

181. Comité de Ministros. 2010, párrafo 42.

182. STEDH *M.E. c. Suecia (GS)*, de 8 de abril de 2015.

183. STEDH *M.E. c. Suecia*, de 26 de junio de 2014, párrafos 49 y 50.

especificado que todas las circunstancias y factores relevantes, ya sea en relación con la situación personal del migrante o con el clima general de violencia, deben tenerse en cuenta en la valoración de la existencia de un riesgo real. Para este fin, la información proporcionada por las autoridades del Estado en cuestión debe completarse con los informes de otras fuentes fiables, como aquellos procedentes de otros Estados Partes, organizaciones internacionales y ONG.

Además, en su jurisprudencia, el TEDH ha establecido que la ausencia de ratificación o firma de instrumentos internacionales de derechos humanos, la amplia publicidad de una determinada expulsión o la práctica de la pena de muerte, o del corredor de la muerte, en el país de destino son factores que pueden corroborar la existencia de un riesgo de violación de derechos humanos. En este sentido, el Tribunal ha estimado que:

A pesar de esta conclusión, el TEDH hace hincapié en que la evaluación relativa a la posible existencia de un riesgo real debe apreciar todos aquellos factores pertinentes que puedan aumentar el riesgo de malos tratos. En la opinión del Tribunal, también se debe tener en cuenta la posibilidad de que varios factores individuales no constituyan un riesgo real, considerados éstos por separado, pero cuando se aprecian de manera acumulativa y en el contexto de una situación de violencia generalizada y de mayores medidas de seguridad, los mismos factores pueden constituir un riesgo real. Tanto la necesidad de considerar de forma acumulativa todos los factores relevantes como la necesidad de otorgarle la importancia adecuada a la situación general del país de destino se deducen de la obligación de valorar todas las circunstancias relevantes del caso.¹⁸⁴

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Cruz Varas y otros c. Suecia* (Pleno), de 20 de marzo de 1991, párrafo 76 (expulsión a Chile);
- ▶ STEDH *Saadi c. Italia* (GS), de 28 de febrero de 2008, párrafos 133 y 147 (deportación a Túnez);
- ▶ STEDH *N. c. Finlandia*, de 26 de julio de 2005, párrafo 165 (expulsión a la República Democrática del Congo);
- ▶ STEDH *Salah Sheekh c. los Países Bajos*, de 11 de enero de 2007, párrafo 136 (expulsión a Somalia);
- ▶ STEDH *Nnyanzi c. Reino Unido*, de 8 de abril de 2008, párrafo 56 (expulsión a Uganda);

184. STEDH *Na. c. Reino Unido*, de 17 de julio de 2008, párrafo 130.

- ▶ STEDH *Na c. El Reino Unido*, de 17 de julio de 2008, párrafos 112 y 119-22 (deportación de un solicitante de asilo tamil a Sri Lanka);
- ▶ STEDH *Muminov c. Rusia*, de 11 de diciembre de 2008, párrafo 96 (extradición a Uzbekistán)
- ▶ STEDH *Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido*, de 2 de marzo de 2010, párrafo 137 (traslado del solicitante a las autoridades iraquíes);
- ▶ STEDH *M.B. y otros c. Turquía*, de 15 de junio de 2010, párrafos 32-33 (deportación a Irán);
- ▶ STEDH *Dbouba c. Turquía*, de 13 de julio de 2010, párrafos 42-43 (extradición a Túnez);
- ▶ STEDH *J.K. y otros c. Suecia*, de 23 de agosto de 2016, párrafos 87-90 (deportación a Iraq).

La carga de la prueba recae sobre el demandante, a menos que las pruebas él o ella haya presentado puedan ser verificadas por las autoridades. En este caso, la responsabilidad recae sobre el Estado que debe explicar por qué no se otorgó la debida protección del principio de no devolución.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Na c. Reino Unido*, de 17 de julio de 2008, párrafos 110-11: «La evaluación de la existencia de un riesgo real debe ser necesariamente rigurosa. En principio, el solicitante debe aportar pruebas que demuestren que existen motivos fundados para creer que, si se aplicara la medida denunciada, estaría expuesto a un riesgo real a ser sometido a un trato contrario al artículo 3. Desde el momento en el que se presentan tales pruebas, corresponde al Gobierno disipar cualquier duda al respecto”.
- ▶ STEDH, *J.K. y otros c. Suecia*, 23 de agosto de 2016, párrafo 92: «El Tribunal, sin embargo, reconoce el hecho de que, con respecto a las solicitudes de reconocimiento del estatuto de refugiado, puede ser difícil, si no imposible, que la persona interesada presente pruebas en un plazo breve, especialmente si tal evidencia debe ser obtenida del país del cual él o ella dice haber huido. La falta de pruebas documentales directas no puede ser, por sí misma, una cuestión decisiva».

La devolución indirecta en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del Reglamento de Dublín

El TEDH también ha reconocido y protegido a las personas contra la devolución indirecta. Las expulsiones están prohibidas no solo a aquellos Estados que presenten un riesgo de violación de derechos humanos de la persona

expulsada, sino también a aquellos Estados susceptibles de deportar a la persona a un tercer país en el que esté en riesgo. La cuestión fue planteada en el asunto *M.S.S. c. Bélgica y Grecia (GS)*, en relación con las obligaciones de los Estados miembros de la UE en virtud del Reglamento de Dublín.¹⁸⁵ El TEDH, en una decisión histórica, estimó que los Estados no pueden realizar expulsiones automáticas en virtud de la legislación de la UE sin arriesgarse a incumplir sus obligaciones establecidas por el CEDH y por el principio de no devolución. El Tribunal sostuvo que cuando exista dicho riesgo, los Estados deben aplicar la cláusula de soberanía del artículo 3.2 del Reglamento de Dublín y abstenerse de ejecutar la expulsión.¹⁸⁶ Esta decisión fue posteriormente reforzada por una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por la que declaró que un solicitante de asilo no puede ser enviado a otro Estado miembro de la UE en el que corra el riesgo de ser sometido a un trato inhumano¹⁸⁷.

En 2014, en el asunto *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, relativo a la devolución automática de nacionales afganos, sudaneses y eritreos que habían entrado ilegalmente en Italia y Grecia, el Tribunal reiteró que el sistema «Dublín» debe aplicarse de manera compatible con el Convenio. De este modo, ninguna forma de devoluciones colectivas e indiscriminadas puede basarse en la aplicación de las normas de Dublín. El Tribunal ha estimado que es responsabilidad del Estado que realiza la devolución garantizar que el país de destino ofrezca garantías suficientes al ejecutar su política de asilo, para evitar que la persona en cuestión sea devuelta a su país de origen sin una evaluación de la situación de los riesgos a los que se enfrenta. El Tribunal sostuvo que Grecia había violado el artículo 13, en conjunto con el artículo 3 del Convenio, debido a la falta de acceso los demandantes al procedimiento de asilo y al riesgo de deportación de los mismos a Afganistán, país en el que probablemente hubiesen sido sometidos a malos tratos. Pero lo más relevante, y en línea con la jurisprudencia del Tribunal, es que éste consideró la existencia de una violación por parte de Italia del artículo 4 del Protocolo n.º 4 del CEDH, que prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros, así como una violación por parte de Italia del artículo 3, destacando que las autoridades italianas, al devolver a estos demandantes a Grecia, les habían expuesto a los riesgos derivados de las deficiencias existentes en el procedimiento de asilo

185. Véase Consejo de la Unión Europea 2003a.

186. TEDH *M.S.S. c. Bélgica y Grecia (GS)*, op. cit., párrafos 339-40 y 342.

187. TJUE. Asunto acumulados (C-411/10) *N.S. c. Secretary of State for the Home Department y (C-493/10) M.E. y otros c. Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law Reform*, de 21 de diciembre de 2011.

en ese país. Finalmente, el Tribunal constató la existencia de una violación por parte de Italia del artículo 13 en conjunto con el artículo 3 del Convenio y el artículo 4 del Protocolo nº 4 del Convenio, debido a la falta de acceso al procedimiento de asilo o a cualquier otro recurso en el puerto de Ancona.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Tarakhel c. Suiza*, de 4 de noviembre de 2014 (GS), párrafo 122: según el Tribunal, dada la situación en aquel momento del sistema de recepción en Italia, y ante la falta de información detallada y fiable sobre la situación específica del centro de destino, «si los demandantes hubiesen sido devueltos a Italia, en virtud del Reglamento de Dublín, sin que las autoridades suizas hubiesen obtenido, en primer lugar, las garantías individuales por parte de las autoridades italianas de que los demandantes fuesen a ser acogidos de acuerdo con la edad de los menores y de que la familia fuese a mantenerse unida, se hubiese producido una violación del artículo 3 del Convenio”;
- ▶ TEDH *A.M.E. c. los Países Bajos*, de 13 de enero de 2015 (Decisión de inadmisibilidad): el Tribunal tomó en consideración el hecho de que el demandante fuese un joven capaz, sin familiares a su cargo, y de que la situación actual en Italia para los solicitantes de asilo no podía compararse de ningún modo con las situaciones del asunto *M.S.S.c. Belguim y Grecia o Tarakhel c. Suiza*, y, por lo tanto, consideró que la demanda del demandante era inadmisibile, al no haber probado que sus perspectivas de futuro, en caso de haber sido devuelto a Italia, ya sea desde una perspectiva material, física como psicológica, revelasen suficientemente un riesgo real e inminente de dificultades económicas de tal gravedad como para fundamentar la aplicación del artículo 3;
- ▶ STEDH *A.S. c. Suiza*, de 30 de junio de 2015 (no se violó el artículo 3 del CEDH; el Tribunal estimó que el demandante no estaba gravemente enfermo y constató que no había indicios de que no fuera a ser tratado de manera apropiada a nivel psicológico en caso de ser trasladado a Italia).

Los riesgos en el país de destino que conllevan la protección del principio de *no devolución*

De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, la lista de los derechos humanos protegidos por el principio de no devolución no es limitada y continúa ampliándose. El citado principio ya se ha aplicado a una amplia gama de derechos y en numerosas situaciones, las más consolidadas son aquellas relativas al riesgo de violación de la prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanos o degradantes, del derecho a la vida, del derecho a un

proceso equitativo e, incluso, en algunos casos, del derecho a la libertad religiosa o ideológica.

La tortura y los malos tratos (artículo 3)

En relación con la tortura y los malos tratos, el TEDH ha estimado que no solo el dolor y el sufrimiento físicos están dentro del alcance del artículo 3 del CEDH, sino que también lo están aquellos actos que causan un sufrimiento mental, tales como el miedo, la angustia o la humillación. Por lo tanto, cada vez que una persona se enfrente al riesgo de ser expuesta a cualquiera de dichos tratos prohibidos por el artículo 3, los Estados tienen la obligación de aplicar el principio de *no devolución*.

La posibilidad de que una determinada conducta implique una violación del artículo 3 del CEDH también depende de la vulnerabilidad de la víctima, en función de su edad, sexo, estado de salud, etc.

Ejemplo:

- ▶ STEDH *Saadi c. Italia (GS)*, de 28 de febrero de 2008, párrafo 134: «de conformidad con la jurisprudencia reiterada del TEDH, los malos tratos deben alcanzar un nivel mínimo de gravedad para ser objeto del ámbito de aplicación del artículo 3. La valoración de este nivel mínimo de severidad es relativa, depende de todas las circunstancias del caso, como la duración del trato recibido, sus efectos físicos y mentales y, en algunos casos, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima».

Lista no exhaustiva de actos y conductas que se consideran una violación del artículo 3 del CEDH:

Los malos tratos físicos durante la detención o durante el interrogatorio (STEDH *Ribitsch c. Austria*, de 4 de diciembre de 1995); el castigo corporal (STEDH *Tyler c. Reino Unido*, de 25 de abril de 1978); la violación y otros actos de violencia sexual (STEDH *M.C. c. Bulgaria*, de 4 de diciembre de 2003); el confinamiento solitario innecesario, prolongado y repetido (STEDH *Kuznetsov c. Ucrania*, de 29 de abril de 2003); las malas condiciones de detención o la falta de atención médica (STEDH *Ilascu y otros c. Rusia y Moldavia (GS)*, de 8 de julio de 2004); los registros intrusivos reiterados o innecesarios (STEDH *Van der Ven c. los Países Bajos*, de 4 de febrero de 2003); la violencia doméstica (STEDH, *Z. y otros c. Reino Unido (GS)*, de 10 de mayo de 2001); las formas graves de discriminación racial (STEDH *Chipre c. Turquía (GS)*, de 10 de mayo de 2001) y el tiempo prolongado en el corredor de la muerte (STEDH *Soering c. Reino Unido*, de 7 de julio

La enumeración no es exhaustiva. Por ejemplo, el TEDH sostuvo en el histórico caso *D. c. Reino Unido* que la expulsión de un extranjero en fase terminal de SIDA constituyó un trato inhumano, en caso de que en el país de recepción no se tuviese acceso al tratamiento médico disponible en el Reino Unido. El TEDH ha advertido que tales supuestos deben considerarse excepcionales.¹⁸⁸ Sin embargo, en el reciente caso *N.*

c. Reino Unido, el TEDH (Gran Sala) ha declarado que, aunque la demanda era relativa a la expulsión de una persona con una afección relacionada con el VIH/SIDA, «los mismos principios deben aplicarse en relación con la expulsión de cualquier persona aquejada de alguna enfermedad física o mental grave producida de forma natural, que pueda causar sufrimiento, dolor y una esperanza de vida reducida, y que requiera un tratamiento médico especializado que pueda no estar tan disponible en el país de origen del demandante o que pueda estar disponible solo a un coste considerable».¹⁸⁹

En el asunto *M.S.S. c. Bélgica y Grecia (GS)*, el TEDH incluso dedujo una violación del artículo 3 del CEDH de la inacción del Estado en relación con las paupérrimas condiciones de vida de los solicitantes de asilo en Grecia. El TEDH consideró que el hecho de que las autoridades no hubiesen aliviado el sufrimiento del demandante –un miembro de un grupo vulnerable– ni le hubiesen sacado de una situación de extrema pobreza material, supuso un nivel de severidad equivalente a un trato inhumano o degradante contrario a las disposiciones del CEDH. Posteriormente, el TEDH sostuvo que el Estado que expulsase a extranjeros a un país, en el que sus condiciones de vida fuesen incompatibles con el artículo 3 del CEDH, estaría violando sus obligaciones de conformidad con el principio de no devolución.¹⁹⁰

El riesgo de pena de muerte (artículo 2)

El derecho a la vida está en juego cuando al expulsar a un extranjero éste podría enfrentarse a la pena de muerte en el país de destino. En tales casos, la jurisprudencia del TEDH ha estimado la violación del artículo 2 (derecho a la vida), del artículo 3 (prohibición de la tortura y los tratos o penas inhumanos o degradantes) y del artículo 1 del Protocolo nº. 13 del CEDH (sobre la abolición de la pena de muerte en todas las circunstancias).

En primer lugar, el TEDH ha estimado que, de conformidad con el artículo 2, los Estados tienen la obligación de aplicar el principio de no devolución a

188. STEDH, *D. c. Reino Unido*, de 2 de mayo de 1997, párrafos 49-54.

189. STEDH *N. c. Reino Unido (GS)*, de 27 de mayo de 2008, párrafo 45.

190. STEDH *M.S.S. c. Bélgica y Grecia (GS)*, op. cit., párrafos 263 y 366-67.

las personas que corran el riesgo de ser declaradas culpables de un delito castigado con la pena de muerte. Además, cuando el resultado de una extradición implique, casi con certeza, la pena capital, el Estado emisor puede ser responsable de la privación intencional de la libertad.

Ejemplo:

- ▶ STEDH *Kaboulov c. Ucrania*, de 19 de noviembre de 2009, párrafo 99.

Además, partiendo del gran número de ratificaciones del Protocolo n° 13¹⁹¹ y de la existencia de una práctica generalizada de los Estados contratantes con respecto a la pena capital, el TEDH ha establecido que el artículo 2 debe entenderse como la prohibición de la pena de muerte, elevando, en consecuencia, el artículo 1 del Protocolo N° 13 del CEDH al rango de derechos fundamentales.

Ejemplo:

- ▶ STEDH *Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido*, de 2 de marzo de 2010, párrafos 118 y 120.

Las violaciones del artículo 3 en relación con la pena capital se refieren a las condiciones de la detención en espera de la ejecución, a los malos tratos mientras se está en espera de la ejecución, la forma en la que se ejecute la pena de muerte, a las circunstancias particulares de la persona y a la práctica del corredor de la muerte.

Ejemplo:

- ▶ STEDH *Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*, de 12 de abril de 2005, párrafo 333: «el Estado contratante que no haya ratificado el Protocolo n.º 6 y no se haya adherido al Protocolo n.º 13 está autorizado para aplicar la pena de muerte bajo determinadas condiciones, de conformidad con el artículo 2 del Convenio.

En tales casos, el Tribunal trata de determinar si la pena de muerte en sí misma equivale a malos tratos como lo prohíbe el artículo 3 del Convenio. El Tribunal ya ha establecido que el artículo 3 no puede interpretarse como una prohibición general de la pena de muerte, ya que anularía la redacción clara del artículo 2.1. Sin embargo, esto no significa que las circunstancias relacionadas con una sentencia de pena de muerte nunca puedan dar lugar a una cuestión relativa al artículo 3. La forma en que se dictamine o ejecute,

191. 43 Estados Partes en el CEDH han ratificado el Protocolo n° 13 (a fecha de 23 de octubre de 2012).

las circunstancias personales de la persona condenada y la desproporción de la gravedad del delito cometido, así como las condiciones de la detención en espera de la ejecución, son ejemplos de factores capaces de que el trato o castigo recibido por la persona condenada quede cubierto por la disposición del artículo 3. Las actitudes en los Estados contratantes relativas a la pena capital son relevantes para evaluar si se ha excedido el umbral aceptable de sufrimiento o de degradación. El Tribunal también ha constatado que, como principio general, la juventud de la persona interesada es una circunstancia que puede, junto con otras, poner en tela de juicio la compatibilidad con el artículo 3 de las medidas relacionadas con la pena de muerte”;

- ▶ *STEDH Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido*, de 2 de marzo de 2010, párrafo 137: «El Protocolo n.º 13 entró en vigor para el Reino Unido el 1 de febrero de 2004. El Tribunal considera que, a partir de esa fecha, las obligaciones del Estado demandado en virtud del artículo 2 del Convenio y el artículo 1 del Protocolo n.º 13 establecen que éste no puede entrar en ningún acuerdo que implique la detención de personas con miras a su deportación para ser castigadas con la pena capital o sometidas dentro de su jurisdicción a un riesgo real de ser condenadas a pena de muerte y, posteriormente, ejecutadas. Además, el Tribunal considera que el temor fundado de los demandantes a ser ejecutados por las autoridades iraquíes, durante el período de mayo de 2006 a julio de 2009, les debe haber producido un grado significativo de sufrimiento mental, constituyendo la sumisión a tal sufrimiento un trato inhumano en virtud del artículo 3 del Convenio.”

El riesgo de denegación flagrante de la tutela judicial efectiva (artículo 6)

En el reciente caso *Othman c. Reino Unido*, el TEDH determinó que, si el solicitante fuese deportado a Jordania, se violaría el artículo 6 del CEDH en el que se consagra el derecho a un proceso equitativo. Después de haber establecido en su jurisprudencia que un riesgo de violación del artículo 6 del CEDH podría, en circunstancias excepcionales, requerir la protección del principio de no devolución¹⁹², el TEDH estimó, por primera vez, la existencia de un riesgo flagrante de denegación de la tutela judicial efectiva en un caso de extradición, contrario al derecho a un proceso equitativo en virtud del artículo 6. Los cargos contra el demandante se basaban en declaraciones incriminatorias probablemente obtenidas por tortura. Por lo tanto, el TEDH concluyó que,

192. Véase, por ejemplo, la *STEDH Muminov c. Rusia*, de 11 de diciembre de 2008, párrafo 130, y la *STEDH Mamatkulov y Askarov c. Turquía (GS)*, de 4 de febrero de 2005, párrafo 90.

si el demandante fuese extraditado, existiría un riesgo real de admisión de pruebas de tortura y esto constituiría una denegación flagrante de la tutela judicial efectiva, vulnerando el artículo 6 del CEDH. El Tribunal estimó que:

En el presente caso, la situación es diferente. Las partes presentaron numerosas pruebas en relación con el nuevo juicio del demandante en Jordania y éstas fueron minuciosamente examinadas por los tribunales nacionales. Además, en el curso del procedimiento ante este Tribunal, el demandante ha presentado otras pruebas concretas y convincentes de que sus coacusados fueron torturados para presentar cargos en su contra. El Tribunal también ha destacado que el Tribunal de Seguridad Nacional jordano ha demostrado ser incapaz de investigar adecuadamente las denuncias de tortura y de excluir las pruebas de tortura, como exige el artículo 15 de la Convención contra la Tortura. La suya no es una demanda general e inespecífica como la que se hizo en el asunto *Mamatkulov y Askarov*. En cambio, se trata de una demanda sólida y bien fundada en el hecho de que el Tribunal de Seguridad Nacional lo juzgará violando una de las normas más fundamentales de la justicia penal internacional, la prohibición del uso de pruebas obtenidas mediante tortura. En tales circunstancias, y a diferencia de los demandantes en el asunto *Mamatkulov y Askarov*, el presente demandante ha satisfecho la carga de la prueba requerida para demostrar un riesgo real de una flagrante denegación de la tutela judicial efectiva en caso de ser deportado a Jordania.¹⁹³

El riesgo de detención arbitraria (artículo 5)

El TEDH también ha sostenido que el riesgo a ser detenido arbitrariamente en el país solicitante o en el país de destino constituye un motivo suficiente para disfrutar de la protección otorgada por el principio de *no devolución*.

Ejemplos:

- ▶ TEDH *Tomic c. Reino Unido*, Demanda nº 17387/03, Decisión de 14 de octubre de 2003 (en relación con los artículos 5 y 6 del CEDH);
- ▶ TEDH *Z y T c. Reino Unido*, Demanda n.º 27034/05. Decisión DE 28 de febrero de 2006: « Sin embargo, el TEDH tampoco ha excluido que puedan surgir cuestiones... en virtud del artículo 5, si la expectativa de la detención arbitraria fuese lo suficientemente flagrante”.

Los derechos sujetos a una protección limitada

Los derechos de la libertad religiosa y de respeto a la vida privada y familiar de los artículos 8 y 9 del CEDH pueden estar sujetos a determinadas limitaciones. El riesgo de violación del derecho a la libertad religiosa e ideológica

193. STEDH *Othman c. Reino Unido*, de 17 de enero de 2012, párrafo 285.

y el derecho a la vida privada y familiar no desencadenará automáticamente la garantía del principio de no devolución. Dichos derechos estarán protegidos por el principio de no devolución cuando la deportación dé lugar a una intromisión injustificada en el disfrute por parte de la persona de su derecho al respeto de su vida privada o familiar, o de su libertad religiosa. En este caso, la deportación solo será posible en situaciones de emergencia bajo las condiciones de legalidad, proporcionalidad y necesidad establecidas por la jurisprudencia del TEDH.

Las limitaciones a la protección otorgada por los artículos 8 y 9.

La medida debe:

- ▶ ser adoptada de acuerdo con la ley;
- ▶ perseguir un objetivo legítimo;
- ▶ ser proporcional al objetivo perseguido;
- ▶ ser necesaria en una sociedad democrática;
- ▶ no ser discriminatoria

¿Qué implican estas condiciones?

De acuerdo con la jurisprudencia reiterada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para que sea conforme a Derecho, una medida que interfiera en los derechos garantizados por el CEDH debe estar prescrita por una ley nacional y debe cumplir con los requisitos de accesibilidad, claridad y previsibilidad.

Ejemplo:

- ▶ STEDH *Perry c. Letonia*, de 8 de noviembre de 2007, párrafo 62 (relativa a la negativa de las autoridades letonas a renovar al demandante, un pastor evangélico extranjero, su permiso de residencia temporal).

El requisito del objetivo legítimo en aquellas expulsiones que interfieran en los derechos al respeto de la vida privada y familiar de los migrantes ya asentados se ha visto satisfecho en casos relacionados con el control de la inmigración, de la seguridad nacional y del orden público. Sin embargo, el TEDH ha declarado que, no obstante, debe probarse que la medida contribuya efectivamente y que sea necesaria para alcanzar ese objetivo.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido* (Pleno) de 24 de abril de 1985, párrafo 78;
- ▶ STEDH *Nyanzi c. Reino Unido*, de 8 de abril de 2008, párrafo 76.

Los requisitos de necesidad y de proporcionalidad implican que la medida debe responder a una necesidad social imperante y que deben concurrir fundamentos suficientes y pertinentes, y siempre que no sea posible adoptar otra medida menos restrictiva para alcanzar adecuadamente el mismo objetivo. La deportación ha sido desconsiderada desproporcionada en los casos en los que mantener una vida familiar sería «de facto imposible» para el migrante expulsado.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Amrollahi c. Dinamarca*, de 11 de julio de 2002, párrafos 36-44;
- ▶ STEDH *Sezen c. los Países Bajos*, de 31 de enero de 2006.

El derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 8)

Al evaluar si la deportación de un migrante puede equivaler a una intromisión injustificada en su derecho al respeto de la vida privada y familiar de conformidad con el artículo 8 del CEDH, es importante determinar qué nociones de «vida privada» y de «familia»¹⁹⁴ están comprendidas dentro del significado dado por el CEDH. El Tribunal ha proporcionado una interpretación bastante amplia de estos términos, abarcando situaciones muy diversas. Además, si la definición de «familia» no se aplica a la situación de un migrante, las circunstancias de su vida privada por sí solas pueden justificar la garantía del principio de no devolución. El TEDH ha reconocido que «la totalidad de los vínculos sociales entre los migrantes ya establecidos y la comunidad en la que viven forman parte del concepto de ‘vida privada’ en el sentido del artículo 8”¹⁹⁵

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Slivenko c. Letonia (GS)*, de 9 de octubre de 2003, párrafo 95;
- ▶ STEDH *Onur c. Reino Unido*, de 27 de febrero de 2009, párrafo 46;
- ▶ STEDH *A.W. Khan c. Reino Unido*, de 12 de enero de 2010, párrafo 31.

Esto proporciona una flexibilidad significativa en la aplicabilidad del principio de no devolución por motivo del respeto de la vida privada y familiar de los migrantes ya arraigados. El TEDH ha establecido numerosos criterios a tener en consideración en la evaluación de los vínculos sociales del migrante en el país expulsor y el grado de intromisión en sus derechos en virtud del artículo 8 del CEDH, incluida la situación familiar del migrante, el interés superior del

194. Véase el Capítulo V del Manual («El derecho a la reagrupación familiar”).

195. STEDH *Üner c. los Países Bajos (GS)*, de 18 de octubre de 2006, párrafo 59.

niño, el tiempo pasado en el país de expulsión, la gravedad de la infracción, el nivel de los vínculos sociales y culturales en el país de expulsión, etc.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Üner c. los Países Bajos* (GS), de 18 de octubre de 2006, párrafo 58 (relativa a la duración de la estancia en el país de acogida);
- ▶ STEDH *Nasri c. Francia*, de 13 de julio de 1995, párrafos 41 y 46 (relativa a un extranjero que creció y se educó en Francia);
- ▶ STEDH *Ciliz c. los Países Bajos*, de 11 de julio de 2000 (relativa al efecto combinado de la detención junto con la expulsión como impedimentos para que el demandante pudiese desarrollar vínculos familiares);
- ▶ STEDH *Boultif c. Suiza*, de 2 de agosto de 2001, párrafo 48: « el TEDH se ha pronunciado en un número limitado de asuntos en los que el principal obstáculo para la expulsión son las dificultades de los cónyuges para permanecer juntos y, en particular, para que uno de ellos y/o los menores puedan vivir en el país de origen del otro. En consecuencia, se solicita el establecimiento de unos principios rectores para examinar si la medida en cuestión es necesaria en una sociedad democrática. Al evaluar los criterios pertinentes en tal caso, el TEDH considerará la naturaleza y la gravedad de la infracción cometida por el solicitante, la duración de la estancia del demandante en el país desde el cual va a ser expulsado, el tiempo transcurrido desde la comisión de la infracción y la conducta del demandante durante dicho período, las nacionalidades de las diversas personas interesadas, la situación familiar del demandante, la duración del matrimonio y otros factores que revelen si la pareja lleva una vida familiar real y genuina, el hecho de si el cónyuge era conocedor de la infracción en el momento en que inició un vínculo familiar y si hay hijos en el matrimonio y, de ser así el caso, su edad. No menos importante, el TEDH también considerará la gravedad de las dificultades que el cónyuge podría encontrar en el país de origen del demandante, aunque el mero hecho de que una persona pueda enfrentarse a ciertas dificultades por querer acompañar a su cónyuge no pueda en sí mismo excluir la expulsión.»;
- ▶ STEDH *Konstadinov c. los Países Bajos*, de 26 de abril de 2007, párrafo 49 (relativa a la duración de la estancia en el país de acogida).

El derecho a la libertad religiosa (artículo 9)

El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión está garantizado de conformidad con el artículo 9 del CEDH que incluye, a su

vez, el derecho a manifestar una determinada religión o ideología. Si bien el derecho a una religión es absoluto, el derecho a manifestar la religión o ideología de uno mismo no lo es y, por lo tanto, puede estar sujeto a una serie de restricciones. Éstas pueden concurrir cuando estén «previstas por la ley, constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás» (artículo 9.2 ECHR). Sin embargo, en el caso del derecho a la libertad religiosa, es importante destacar que no se aceptan restricciones por razones de seguridad nacional.

Ejemplo:

- ▶ STEDH *Nolan y K. c. Rusia*, de 12 de febrero de 2009, párrafo 73.

Además, teniendo en cuenta que la expulsión de una persona puede producir una intromisión en el derecho a la libertad religiosa que se disfruta en el país que deporta, la protección que ofrece el principio de no devolución puede aplicarse en dos situaciones distintas. En este sentido, la evaluación del riesgo de violación del derecho a la libertad religiosa en caso de expulsión debería llevarse a cabo no solo en el país de destino sino también en el país que deporta.

El riesgo de persecución en el país de destino

Como se ha mencionado anteriormente, el derecho a la libertad religiosa e ideológica es absoluto y, por tanto, se beneficia automáticamente de la garantía del principio de no devolución. Con respecto al derecho a manifestar la religión de uno mismo, el TEDH ha establecido que hay dos situaciones en las que se aplicaría el principio de no devolución. En primer lugar, cuando existan razones sustanciales para creer que, si es deportado, el extranjero sufriría persecución, muerte, malos tratos o violaciones de su derecho a un juicio justo por motivos religiosos. Y, en segundo lugar, cuando exista una violación flagrante de la libertad religiosa en el país de destino.

Ejemplo:

- ▶ TEDH *Z y T c. Reino Unido*. Reclamación nº 27034/05. Decisión de 28 de febrero de 2006.

La expulsión por motivos religiosos o políticos

Una violación del derecho a la libertad religiosa o ideológica en el país de origen implica que la propia expulsión en sí misma, y no sólo las consecuencias de dicha medida, constituye una intromisión en los derechos de los

extranjeros. La deportación vulnera el artículo 9 si la medida es adoptada específicamente para restringir la libertad de pensamiento, de conciencia o de religión de la persona.

Ejemplos:

- ▶ STEDH, *Women on Waves y otros c. Portugal*, de 3 de febrero de 2009 (las autoridades portuguesas decidieron prohibir que el buque Borndiep, que había sido fletado para organizar actividades de promoción de la despenalización del aborto, entrara en aguas territoriales portuguesas);
- ▶ STEDH *Nolan y K. c. Rusia*, de 12 de febrero de 2009, párrafo 62: «la esencia de la demanda del demandante no es que no se le permitiera residir o vivir en Rusia, sino más bien que sus creencias y/o sus actividades religiosas habían llevado a las autoridades rusas a prohibir su reingreso. El TEDH reitera, a este respecto, que, mientras que el derecho de un extranjero a entrar o permanecer en un país no está garantizado por el Convenio, los controles de inmigración deben ejercerse de una manera coherente con las obligaciones del Convenio ... en lo que respecta específicamente al artículo 9, el Tribunal enfatiza que «la deportación como tal no... constituye una intromisión en los derechos garantizados por el artículo 9, a menos que pueda establecerse que la medida fue adoptada para reprimir el ejercicio de tales derechos y para reprimir la difusión de una religión o filosofía determinada a sus seguidores»;
- ▶ STEDH *Cox c. Turquía*, de 20 de mayo de 2010 (relativa a la prohibición de regresar a Turquía impuesta a la demandante a causa de sus conversaciones previas con estudiantes y colegas sobre cuestiones kurdas y armenias).

b. Los derechos procesales de los migrantes

i. Los derechos procesales de los extranjeros residentes legalmente

El TEDH no prevé un derecho general a un juicio justo en los procedimientos de expulsión, limitando la aplicabilidad de las garantías procesales específicas a los extranjeros residentes legalmente en el territorio de un Estado contratante. Tales garantías, por lo tanto, no se aplican a los migrantes indocumentados, que permanecen desprotegidos en los procedimientos de expulsión.

El TEDH ha rechazado expresamente la plena aplicabilidad del derecho a un proceso equitativo a los procedimientos de expulsión. Sin embargo, el artículo 1 del Protocolo n.º 7 reconoce los derechos de los extranjeros

«residentes legalmente» en el territorio de un Estado contratante. En el sentido de la jurisprudencia del TEDH, la residencia legal debe entenderse como dependiente de «la existencia de vínculos suficientes y continuos con un lugar específico» y no se limita solo a la presencia física. De acuerdo con el Tribunal, a una persona a quien se le haya retirado el visado arbitrariamente, y se le haya denegado la entrada a su país de residencia, no se le puede considerar como residente ilegal.¹⁹⁶

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Maaouia c. Francia* (GS), de 5 de octubre de 2000, párrafos 39-40;
- ▶ STEDH *Mamatkulov y Askarov c. Turquía* (GS), de 4 de febrero de 2005, párrafo 82;
- ▶ STEDH *Bolat c. Rusia*, de 5 de octubre de 2006, párrafos 76-80;
- ▶ STEDH *Muminov c. Rusia*, de 11 de diciembre de 2008, párrafo 126;
- ▶ STEDH *Nolan y K. c. Rusia*, de 12 de febrero de 2009, párrafo 110.

Los derechos procesales en virtud del CEDH en los casos de expulsión: a todas las personas se les garantiza el derecho a una decisión de expulsión legal, el derecho a impugnar la orden de expulsión y a apelar ante una autoridad independiente, el derecho a la representación y el derecho a la no discriminación.

De conformidad con el artículo 1 del Protocolo nº 7 del CEDH, los extranjeros que residan legalmente en el territorio de un Estado contratante pueden ser expulsados solo bajo ciertas condiciones. El artículo establece una lista de garantías procesales y dos excepciones en relación con la expulsión de extranjeros que residan legalmente en el territorio de un Estado Parte.

En primer lugar, el apartado 1º 1 del artículo 1 del Protocolo n.º 7 del CEDH exige que la decisión de expulsión de un extranjero que sea residente legal se realice «de conformidad con la ley». Este requisito previo es reflejo del principio de legalidad internacionalmente reconocido, que ha sido interpretado por el TEDH como la imposición de la preexistencia de una ley que prevea las medidas de expulsión a nivel nacional, la accesibilidad y la previsibilidad de tal ley, así como la existencia de unas garantías contra aquellas acciones arbitrarias de las autoridades del Estado en cuestión. Además, el Tribunal ha estimado que la medida debería aplicarse de buena fe y de conformidad con los aspectos sustantivos y procesales de la legislación.

196. Véase también Consejo de Europa. 1984, párrafo 9.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Lupsa c. Rumanía*, de 8 de junio de 2006, párrafos 55-61;
- ▶ STEDH *Bolat c. Rusia*, de 5 de octubre de 2006, párrafo 81;
- ▶ STEDH *Kaya c. Rumanía*, de 12 de octubre de 2006, párrafos 55-61;
- ▶ STEDH *C.G. y otros c. Bulgaria*, de 24 de abril de 2008, párrafo 73.

Una vez adoptada la decisión de su expulsión, el extranjero debe tener la posibilidad de «exponer las razones que se opongan a su expulsión» (artículo 1.1 (a) del Protocolo n.º 7 del CEDH). Correlativamente, este derecho requiere que el extranjero sujeto a la orden de expulsión sea informado tanto de la decisión adoptada como de su derecho a recurrirla, de manera que se garantice el ejercicio práctico y efectivo del citado derecho reconocido por el CEDH.

Para tal fin, el Comité de Ministros ha recomendado que «la orden de expulsión se dirija por escrito a la persona interesada, ya sea directamente o por medio de su representante autorizado, indicando los fundamentos de hecho y de Derecho sobre los que se basa y los recursos disponibles, con independencia de su efecto suspensivo, así como los plazos dentro de los cuales pueden ejercerse tales recursos»¹⁹⁷

En consecuencia, el TEDH ha interpretado que el derecho a exponer razones contra la propia expulsión implica necesariamente el requisito de que la decisión sea comunicada al extranjero, que esté lo suficientemente motivada y que sea específica con respecto a los motivos de su expulsión, indicando la información relevante sobre el procedimiento del caso en particular. El Tribunal ha sostenido que la información insuficiente sobre el propio caso, o incluso la insuficiencia del plazo para preparar las alegaciones, constituye un impedimento fáctico para el ejercicio efectivo del derecho a exponer alegaciones en contra y vulnera el artículo 1 del Protocolo n.º 7 del CEDH.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Lupsa c. Rumanía*, de 8 de junio de 2006, párrafos 59-60;
- ▶ STEDH *Kaya c. Rumanía*, de 12 de octubre de 2006, párrafos 59-60;
- ▶ STEDH *Nolan y K. c. Rusia*, de 12 de febrero de 2009, párrafo 115.

Además, el extranjero que resida legalmente y que esté sujeto a una expulsión tiene derecho, conforme a los párrafos 1. b) y c) del artículo 1 del Protocolo n.º 7 del CEDH, a « hacer examinar su caso, y a hacerse representar a tales

197. Comité de Ministros. 2005, Directriz 4.1.

fines ante la autoridad competente o la persona o personas designadas por esa autoridad». El informe explicativo considera, además, que:

Esto no requiere necesariamente un procedimiento en dos etapas ante diferentes autoridades, sino solo que la autoridad competente debe revisar el caso a la luz de las razones expuestas contra la expulsión por la persona interesada. Partiendo de este requisito y de lo dispuesto en el subpárrafo c, la forma que debe tomar la revisión es objeto de regulación por la legislación nacional. En algunos Estados, un extranjero tendrá la posibilidad de presentar un recurso contra la decisión adoptada tras la revisión de su caso. El presente artículo no se refiere a esa etapa del proceso y, por lo tanto, no exige que se le permita al interesado permanecer en el territorio del Estado a la espera del resultado del recurso presentado contra la decisión adoptada tras la revisión de su caso.¹⁹⁸

Este derecho a impugnar la decisión es considerado por el Comité de Ministros como equivalente al derecho a un recurso efectivo. En consecuencia, la autoridad competente debe estar «compuesta por miembros imparciales que gozan de las debidas garantías de independencia», y debe «tener la facultad de revisar la orden de expulsión, incluida la posibilidad de suspender temporalmente su ejecución».¹⁹⁹ Además, el recurso debe ser accesible y los plazos para ejercerlo no deben ser excesivamente breves.²⁰⁰

Del mismo modo, el derecho a un recurso efectivo incluye el derecho a la prestación de asistencia jurídica o representación legal ante la autoridad competente. De acuerdo con el Comité de Ministros: «cuando el sujeto de la orden de expulsión no cuente con los medios suficientes para pagar las costas procesales necesarias, se le debe prestar asistencia jurídica de forma gratuita, de conformidad con las normas nacionales pertinentes reguladoras de la asistencia jurídica».²⁰¹ El TEDH también ha estimado la relevancia de este derecho al tomar en consideración el hecho de que no se le permitiese a un extranjero revisar su caso con la intervención de su abogado para poder detectar cualquier tipo de violación del Protocolo nº. 7 del CEDH.²⁰²

Por último, los extranjeros que residan legalmente deben estar protegidos contra la discriminación, tanto a nivel legislativo como en la práctica. Dirigirse a grupos étnicos específicos o a categorías particulares de extranjeros y aplicarles medidas procesales de forma discriminatoria supone una violación

198. Consejo de Europa. 1984, párrafo 13.2.

199. Comité de Ministros 2005, Directriz 5.1.

200. *Ibid.*, Directriz 5.2.

201. *Ibid.*

202. STEDH *Nolan y K. c. Rusia*, de 12 de febrero de 2009, párrafo 115.

del artículo 14 del CEDH, en conjunto con el artículo 1 del Protocolo n.º 7 del CEDH y con el artículo 1 del Protocolo n.º 12 del CEDH.²⁰³

Los motivos de las excepciones a la protección procesal son:

- ▶ el orden público;
- ▶ la seguridad nacional.

Sin embargo, en ciertas circunstancias, el Estado contratante está exento de la obligación de prestar la garantía procesal del artículo 1.1 del Protocolo n.º 7 antes de la expulsión. Estas excepciones están contenidas en el artículo 1.2 del mismo Protocolo, que se aplica exclusivamente cuando «sean necesarias en interés del orden público o se basen en razones de seguridad nacional». El Estado deberá demostrar la necesidad de la medida en los casos en que la expulsión se ordene por motivos de orden público, mientras que, en el caso de una expulsión por razones de seguridad nacional, no obstante, la medida «en sí misma debe aceptarse como justificación suficiente».²⁰⁴ Sin embargo, la medida debe respetar en ambos casos el principio de proporcionalidad, de conformidad con la jurisprudencia del TEDH, y los derechos establecidos en el artículo 1.1 del Protocolo deben garantizarse también después de la expulsión de la persona en cuestión.

El principio de proporcionalidad. El Estado debe probar que la medida:

- ▶ esté prescrita por la ley;
- ▶ persiga un objetivo legítimo;
- ▶ sea necesaria en una sociedad democrática y sea proporcional al objetivo perseguido.

Ejemplos:

- ▶ TEDH *C.G. y otros c. Bulgaria*, de 24 de abril de 2008, párrafos 43 y 78: «el Tribunal observa, en primer lugar, que, si bien la decisión de expulsar al primer demandante indica que la medida fue adoptada porque constituía una amenaza para la seguridad nacional, en los procedimientos de revisión judicial subsiguientes resultó que el único hecho que sirvió de base para esta revisión, con el que ambas instancias jurisdiccionales estuvieron totalmente de acuerdo, fue su presunta participación en el tráfico ilícito de estupefacientes en colaboración

203. Véase el Capítulo I (c) del Manual («Las normas relativas a la igualdad y a la no discriminación»).

204. Consejo de Europa. 1984, párrafo 15.

con varios ciudadanos búlgaros ... Difícilmente puede afirmarse que, de acuerdo con cualquier definición razonable del término, los actos alegados contra el primer demandante, por muy graves que pudiesen llegar a ser, dados los efectos devastadores que las drogas tienen en la vida de las personas, fueran capaces de atentar contra la seguridad nacional de Bulgaria o pudiesen servir como un fundamento de hecho sólido para la conclusión de que, en caso de no ser expulsado, el demandante presentaría un riesgo de seguridad nacional para el futuro ... En cuanto a la segunda parte de la excepción, el Tribunal observa que el informe explicativo del Protocolo n.º 7 establece que un Estado que dependa del orden público para expulsar a un extranjero, antes del ejercicio de sus derechos en virtud del párrafo 1º del artículo 1, debe poder justificar que esta medida excepcional es necesaria para el caso particular o para este tipo de casos'. La evaluación relativa a la justificación de este criterio debe hacerse «teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad tal como ha sido justificado por la jurisprudencia del Tribunal». En el presente caso, el Gobierno no ha presentado ningún argumento capaz de convencer al Tribunal de que hubiese actuado del presente modo. Tampoco hay nada en el expediente que sugiera que fuese realmente necesario expulsar al primer demandante antes de que pudiera impugnar la medida”;

- ▶ STEDH *Nolan y K. c. Rusia*, de 12 de febrero de 2009, párrafo 115: «el Gobierno invocó la excepción mencionada en el apartado 2º del artículo 1 del Protocolo n.º 7 para justificar el procedimiento adoptado por las autoridades rusas contra el demandante. Sin embargo, como ha constatado anteriormente el Tribunal, no presentaron ningún material ni ninguna prueba que pudiera corroborar su afirmación de que los intereses de la seguridad nacional o del orden público hubiesen estado en juego. En consecuencia, no se puede considerar que la excepción establecida en el apartado 2º de aplicación en el presente caso, debiéndose haber seguido el procedimiento ordinario descrito en el apartado 1º.»

Además, de conformidad con el artículo 19.8 de la CSE (r), los Estados no pueden expulsar a los trabajadores migratorios que residan legalmente en sus territorios a menos que pongan en peligro la seguridad nacional o atenten contra el orden público o las buenas costumbres. En este sentido, los migrantes también gozan del derecho de recurrir ante un tribunal u otro organismo independiente contra la decisión de expulsión, incluso en los casos en que la seguridad nacional, el orden público o las buenas costumbres estén en juego.

Ejemplos:

- ▶ CEDS «Conclusiones V», Reino Unido, pp. 129-30 (relativa a la imposibilidad de recurrir a un organismo independiente contra una decisión de expulsión de un trabajador);
- ▶ CEDS «Conclusiones XVI-1», Los Países Bajos, pp. 460-61 (relativa a la expulsión de un trabajador migrante que implica la expulsión automática de los miembros de su familia, los cuales previamente habían sido admitidos en los Países Bajos como medida de reagrupación familiar).

ii. Los derechos procesales de otras categorías de extranjeros

Los migrantes sujetos a expulsión tienen derecho a impugnar la orden de deportación de conformidad con el derecho a un recurso efectivo garantizado por el artículo 13 del CEDH. De acuerdo con el Comité de Ministros:

En la orden de expulsión, o en el procedimiento conducente a la orden de expulsión, el sujeto de la orden de expulsión deberá contar con un recurso efectivo ante una autoridad u organismo competente compuesto por miembros que sean imparciales y que gocen de garantías sobre su independencia. La autoridad u organismo competente tendrá la facultad de revisar la orden de expulsión, incluida la posibilidad de suspender temporalmente su ejecución.²⁰⁵

En el asunto *M.S.S. c. Bélgica y Grecia (GS)*, el TEDH también estimó que, en el contexto de la deportación y a la luz del principio de no devolución, el derecho a un recurso efectivo «exige imperativamente el escrutinio minucioso por parte de las autoridades nacionales, la valoración independiente y rigurosa relativa a la posible existencia de motivos fundados para temer un riesgo real de trato contrario al artículo 3, así como la respuesta particularmente rápida. También exige que la persona interesada tenga acceso a un recurso con efecto suspensivo automático».²⁰⁶ El efecto suspensivo de la revisión es esencial para garantizar los derechos en virtud del artículo 3 del CEDH. Su objetivo es permitir que las autoridades nacionales puedan examinar a fondo el recurso, así como la compatibilidad de la medida con los derechos garantizados por el CEDH y, como tal, constituye un requisito previo para un recurso efectivo. Si la impugnación de una orden de deportación no suspende automáticamente la ejecución de la deportación, la persona correría el riesgo de sufrir tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o

205. Comité de Ministros. 2005, Directriz 5.1.

206. STEDH *M.S.S. c. Bélgica y Grecia (GS)*, op. cit., párrafos 293 y 387.

degradantes en el país de destino, lo que, de realizarse, tendría consecuencias irreversibles para la persona, constituyendo una violación del CEDH y del principio de *no devolución*.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* (GS), de 23 de febrero de 2012, párrafo 200: «dada la relevancia que el Tribunal le atribuye al artículo 3 del Convenio y a la naturaleza irreversible del daño que pueda ocasionar si se materializa el riesgo de tortura o malos tratos, el Tribunal ha dictaminado que el efecto suspensivo debería aplicarse también a los casos en que un Estado Parte decida expulsar a un extranjero a un país en el que existan motivos fundados para creer que puede correr un riesgo de esa naturaleza »;
- ▶ STEDH *Conka c. Bélgica*, de 5 de febrero de 2002, párrafo 79: «El Tribunal considera que la noción de un recurso efectivo en virtud del tenor literal del artículo 13 requiere que el recurso pueda impedir la ejecución de medidas que sean contrarias al Convenio y cuyos efectos sean potencialmente irreversibles ... En consecuencia, resulta incompatible con el artículo 13 que tales medidas se ejecuten antes de que las autoridades examinen si son compatibles con el Convenio, aunque los Estados contratantes dispongan de cierta discreción en cuanto a la forma del cumplimiento de sus obligaciones en virtud de la citada disposición ...”

Además, el TEDH ha recordado que el recurso debe ser rápido, accesible y efectivo, reconocido tanto en la legislación como en la práctica, y que no debe verse obstaculizado por los actos de las autoridades estatales. Sin embargo, si bien el TEDH reconoce la relevancia de los procedimientos sumarios, ha destacado que la prontitud no debe prevalecer sobre la efectividad de la protección contra las expulsiones arbitrarias. En el caso *I.M. c. Francia*, el Tribunal sostuvo que los procedimientos acelerados habían llevado a un examen superficial del recurso del demandante y lo habían privado de una oportunidad justa y razonable para impugnar la decisión. Si bien el recurso estaba disponible, el TEDH consideró que carecía de accesibilidad en la práctica.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* (GS), de 21 de enero de 2011, párrafo 290;
- ▶ STEDH *Muminov c. Rusia*, de 11 de diciembre de 2008, párrafo 100: «en relación con al fondo de la demanda, el TEDH reitera que el recurso requerido por el artículo 13 debe ser efectivo, tanto en la legislación

como en la práctica, en particular, en el sentido de que su ejercicio no deba ser injustificadamente obstaculizado por actos u omisiones de las autoridades del Estado demandado»;

- ▶ STEDH, *R.U. c. Grecia*, de 7 de junio de 2011, párrafos 82-83;
- ▶ STEDH *I.M. c. Francia*, de 2 de febrero de 2012, párrafos 130, 147-48 y 154.

En el asunto *M.S.S. c. Bélgica y Grecia (GS)*, el TEDH subrayó la importancia de la accesibilidad del recurso en la práctica al evaluar su eficacia, señalando que tanto la comunicación entre las autoridades griegas y el solicitante de asilo como las irregularidades del procedimiento de notificación «hicieron que fuera improbable que el solicitante pudiese conocer el resultado de su solicitud de asilo a tiempo para reaccionar dentro del plazo prescrito».²⁰⁷ El TEDH también consideró que la demora indebida en el procedimiento de revisión puede vulnerar el derecho a un recurso efectivo a la luz de la gravedad de la situación y de las cuestiones en litigio.²⁰⁸

Además, el Tribunal ha establecido que una persona amenazada de expulsión debe tener acceso a aquellos documentos relevantes y a aquella información accesible sobre los procedimientos que se están llevando a cabo en su caso. Además, se le debe proporcionar el material traducido y facilitar la interpretación cuando sea necesaria, así como reconocer el acceso efectivo al asesoramiento legal y a la asistencia jurídica. El derecho a un recurso efectivo también implica que debe garantizarse el derecho a participar en procedimientos de naturaleza contradictoria y, por lo tanto, que se le deben comunicar los motivos de la decisión de su expulsión y se le debe dar una oportunidad justa y razonable para oponerse a los hechos de dicha expulsión, incluso cuando los motivos para la misma se basen en la seguridad nacional.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, de 21 de octubre de 2014 (el Tribunal sostuvo que Grecia había violado el artículo 13, en conjunto con el artículo 3, debido a la falta de acceso al procedimiento de asilo para los demandantes y al riesgo de su deportación a Afganistán, país en el que probablemente serían sometidos a malos tratos.²⁰⁹ El Tribunal, por otra parte, estimó una violación por parte de Italia del artículo 3, ya que las autoridades italianas, al devolver a estos solicitantes a Grecia,

207. *Ibid.*, párrafo 318.

208. *Ibid.*, párrafo 320.

209. STEDH *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, de 21 de octubre de 2014, párrafos 173-181.

les expusieron a los riesgos derivados de las deficiencias del procedimiento de asilo de ese país);

- ▶ STEDH *Al-Nashif c. Bulgaria*, de 20 de junio de 2002, párrafo 137: «... mientras que las restricciones procesales puedan ser necesarias para garantizar que no se produzcan filtraciones perjudiciales para la seguridad y para que cualquier autoridad independiente que se ocupe de un recurso contra una decisión de deportación pueda contar con un amplio margen de apreciación en la ejecución de tal medida en materia de seguridad nacional, de ningún modo puede justificarse la supresión completa de los recursos cuando el ejecutivo ha elegido invocar el término de «seguridad nacional» ... Incluso cuando se presenta una alegación de amenaza a la seguridad nacional, la garantía de un recurso efectivo requiere como mínimo que se informe a la autoridad competente de la revisión independiente sobre los motivos que fundamenten la decisión de deportación, incluso cuando tales motivos no estén disponibles para el público. La autoridad debe ser competente para rechazar la afirmación del ejecutivo de que exista una amenaza a la seguridad nacional cuando la considere arbitraria o irrazonable. Debe establecerse algún tipo de procedimiento contradictorio, incluso a través de un representante especial después de un control de la seguridad si fuese necesario. Además, debe apreciarse la cuestión de si la medida impugnada supone una intromisión en el derecho del individuo al respeto a su vida familiar y, de ser así el caso, si se ha conseguido un justo equilibrio entre el interés público en cuestión y los derechos del individuo.»

c. Las expulsiones colectivas

La prohibición absoluta de las expulsiones colectivas deriva del Derecho internacional consuetudinario. En los instrumentos del Consejo de Europa, queda establecida la prohibición de las expulsiones colectivas en virtud del artículo 4 del Protocolo n.º 4 del CEDH, y en la Directriz 3ª de las «Veinte directrices sobre el retorno forzoso», según la cual una «orden de expulsión solo se emitirá sobre la base de un examen razonable y objetivo de cada caso particular relativo a una persona individual interesada y tendrá en cuenta las circunstancias específicas de cada caso. La expulsión colectiva de extranjeros está prohibida».²¹⁰

210. Comité de Ministros 2005.

El recurso efectivo para un migrante que sea objeto de una expulsión:

- ▶ la decisión de expulsión debe estar sujeta a un escrutinio detallado, riguroso e independiente;
- ▶ el recurso debe ser rápido y accesible tanto a nivel legislativo como en la práctica;
- ▶ el recurso debe estar garantizado por una instancia judicial u otra instancia independiente e imparcial capaz de revisar y anular la decisión de expulsión;
- ▶ el migrante debe ser informado de los motivos de la decisión de deportación, y se le debe dar una oportunidad justa y razonable para recurrirlos en a través de unos procedimientos de carácter contradictorio;
- ▶ cuando sea necesario, al migrante se le debe prestar la documentación traducida, los servicios de interpretación y el asesoramiento legal y/o la asistencia jurídica;
- ▶ el recurso debe ser efectivo y conducir a la reparación o al cese de la violación en cuestión;
- ▶ el recurso debe tener un efecto suspensivo automático en la ejecución de la deportación.

El principio subyacente de la prohibición de las expulsiones colectivas es el requisito del examen individualizado de cada caso, realizado de manera justa y objetiva. El TEDH ha estimado que, a menos que las circunstancias personales de cada extranjero sujeto a expulsión se consideren de manera objetiva e individual, el procedimiento puede infringir el artículo 4 del Protocolo n.º 4 del CEDH. En consecuencia, cuando no concurren las suficientes referencias sobre las circunstancias particulares de cada solicitante de asilo en un grupo de extranjeros en situación similar, que justifiquen su expulsión, o cuando parezca que los miembros de un grupo de extranjeros hayan sido expulsados bajo el mismo procedimiento y en el mismo momento, es probable que el TEDH sostenga la existencia de una expulsión colectiva y, por lo tanto, de una violación del CEDH.

En el caso de 2014 de *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*²¹¹, el Tribunal destacó la necesidad de verificar la existencia de garantías para que el examen de las demandas se lleve a cabo de forma individualizada a fin de evitar una violación del artículo 4 del Protocolo n.º 4 del CEDH. El asunto se refería a

211. STEDH *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, de 21 de octubre de 2014, párrafos 214-225.

32 ciudadanos afganos, dos nacionales sudaneses y un ciudadano eritreo, que alegaban haber entrado ilegalmente en Italia desde Grecia y haber sido devueltos inmediatamente a este último país, privándoseles de todos los derechos procesales y sustantivos. Los demandantes también plantearon el temor de una posterior deportación a sus respectivos países de origen, donde corrían el riesgo de muerte, tortura o tratos inhumanos o degradantes.

El Tribunal reiteró su opinión, ya emitida en el asunto *M.S.S. v. Bélgica y Grecia*²¹², de que el sistema de Dublín solo podía implementarse de manera compatible con el CEDH y que, por lo tanto, no se permitían los retornos automáticos ni ninguna forma de expulsión colectiva e indiscriminada. Por el contrario, las autoridades italianas deberían haber examinado la posibilidad de devolver individualmente a cada solicitante a Grecia en virtud del sistema de Dublín, velando por que el país de destino ofreciese garantías suficientes en la aplicación de su política de asilo para evitar que el interesado fuese trasladado a su país de origen sin una evaluación previa de los riesgos a las que podría enfrentarse. Por lo tanto, el Tribunal sostuvo que se había violado el artículo 4 del Protocolo n.º 4 del CEDH debido a la expulsión colectiva e indiscriminada de los demandantes.

Otros ejemplos:

- ▶ STEDH *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* (GS), de 23 de febrero de 2012 (el TEDH determinó que la deportación de migrantes somalíes y eritreos a Libia, sin examinar sus casos, los exponía a un riesgo de malos tratos y suponía una expulsión colectiva, considerando que se habían producido dos violaciones del artículo 3 del CEDH, dado que los solicitantes habían sido expuestos al riesgo de malos tratos en Libia y al riesgo de repatriación a Somalia o a Eritrea, otra violación del artículo 4 del Protocolo n.º 4, relativo a la prohibición de las expulsiones colectivas, y otra del artículo 13, tomado en consideración junto con el artículo 3 y con el artículo 4 Protocolo n.º 4);
- ▶ STEDH *Conka c. Bélgica*, de 5 de febrero de 2002, párrafos 59 y 63 (el TEDH determinó que no se habían establecido las garantías suficientes que demostrasen que las autoridades habían tenido en cuenta de manera genuina e individual las circunstancias personales de cada demandante, partiendo de los hechos de que se les había exigido a todos los extranjeros afectados que asistieran a la comisaría de policía al mismo tiempo, que las órdenes dictadas tanto para el abandono del territorio

212. STEDH *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* (GS), op. cit., párrafos 338-340.

como para su detención estaban redactadas en términos idénticos, que era muy difícil para los extranjeros contactar a un abogado, y que el procedimiento de asilo aún no había sido resuelto);

- ▶ STEDH *Sultani c. Francia*, 20 de julio de 2007, párrafo 81 (sin violación alguna, el TEDH determinó que la situación general, y también las circunstancias personales, del demandante habían sido examinadas de forma genuina e individual).

d. El retorno voluntario

El retorno o la repatriación de extranjeros de naturaleza voluntaria son aceptados ampliamente como situaciones preferibles, frente a las medidas de retorno forzoso. El Consejo de Europa ha subrayado que «el Estado receptor debería adoptar medidas de promoción de retornos voluntarios, que deberían ser preferibles a los retornos forzados. Los programas ejecutados a tal efecto deben ser evaluados y mejorados con regularidad».²¹³

El Consejo de Europa ha explicado que los retornos forzados son menos deseables considerando los mayores riesgos de violación de derechos humanos que implican. Por lo tanto, alienta a los Estados a promover y facilitar dichas iniciativas estableciendo programas de retorno voluntario, como las de la OIT, y proporcionando información y asistencia a las personas que residan ilegalmente en el territorio de un Estado. Los repatriados también deben contar con un tiempo razonable para cumplir con la orden de deportación.²¹⁴

213. *Ibíd.*, Directriz 1

214. Véase también APCE .1994, párrafo 8.ix.b, y Comité de Ministros. 2004.

VII. Las demandas presentadas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El artículo 34 del CEDH garantiza el derecho de presentar una demanda individual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El citado precepto afirma que:

El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho.

El TEDH ha descrito este derecho como un «componente clave del sistema» de protección de los derechos humanos, considerándolo como una garantía fundamental para la efectividad del CEDH.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Mamatkulov y Askarov c. Turquía* (GS), de 4 de febrero de 2005, párrafos 100 y 122;
- ▶ STEDH *Loizidou c. Turquía* (Excepciones preliminares), de 23 de marzo de 1995, párrafos 70-71.

Sin embargo, este derecho está sujeto a una serie de condiciones. De conformidad con los artículos 32, 34 y 35 del CEDH, los demandantes deben ser víctimas de una violación del CEDH, deben haber agotado todos los recursos internos y haber presentado su demanda dentro de un plazo determinado. El TEDH ha emitido una extensa jurisprudencia en torno a los criterios de admisibilidad de una demanda individual ante la Corte.

a. Cuándo pueden presentar una demanda los migrantes?

Todos los demandantes, incluidos los migrantes, están sujetos a las condiciones establecidas por el CEDH y por el TEDH con respecto a la competencia del Tribunal y a la admisibilidad de su demanda.

De conformidad con el artículo 32 del CEDH, el Tribunal tiene competencia sobre «todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus Protocolos». Además, si hubiera incertidumbre con respecto a su competencia, el TEDH tiene la legitimidad de decidir por sí mismo y de resolver la disputa.

i. El estatuto del demandante y el concepto de víctima

De conformidad con el artículo 34 del CEDH, la persona que presente una demanda ante el TEDH debe ser víctima de una violación de los derechos garantizados por el Convenio. Esto plantea la cuestión de a quién se le debe considerar víctima en el sentido del artículo 34.

El Tribunal ha establecido que el concepto de víctima es un concepto autónomo, que permite una interpretación teleológica en lugar de una de naturaleza literal. Por lo tanto, el TEDH no está sujeto a definiciones ni a reglas nacionales, y debe interpretar el concepto de víctima sin un formalismo excesivo, a la luz de las condiciones contemporáneas de la sociedad, y teniendo en cuenta que la condición de víctima puede estar, en algunas circunstancias, vinculada al fondo del asunto.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Gorraiz Lizarraga y otros c. España*, de 27 de abril de 2004, párrafos 35 y 38;
- ▶ STEDH *Siliadin c. Francia*, de 26 de julio de 2005, párrafo 63;
- ▶ STEDH *Monnat c. Suiza*, de 21 de septiembre de 2006, párrafos 30-33.

En consecuencia, una interpretación flexible del concepto de víctima ha permitido al TEDH desarrollar una doctrina jurisprudencial capaz de reconocer el estatuto requerido tanto de las víctimas directas como de las indirectas. Las «víctimas directas» son, lógicamente, los demandantes directamente afectados por el acto u omisión que presuntamente ha violado sus derechos en virtud del Convenio, siempre que no fueran, ni siquiera en parte, responsables de la violación. Por otro lado, las «víctimas indirectas» son aquellas personas que puedan alegar un vínculo específico y personal con la víctima directa. Por ejemplo, el TEDH ha aceptado la posibilidad de que las demandas sean interpuestas la cónyuge de la víctima que alegó violación

del artículo 2 del CEDH, o por la madre que alegó violación del artículo 3 del CEDH por la desaparición de su hijo mientras se encontraba detenido.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *McCann y otros c. Reino Unido* (GS), de 27 de septiembre de 1995 (relativa a una víctima indirecta en cuanto cónyuge de la víctima, artículo 2 del CEDH);
- ▶ STEDH *Amuur c. Francia*, de 25 de junio de 1996, párrafo 36 (relativa a una víctima directa);
- ▶ STEDH *Kurt c. Turquía*, de 25 de mayo de 1998 (relativa a una víctima indirecta en cuanto madre de la víctima, artículo 3 del CEDH);
- ▶ STEDH *Pasa y Erkan Erol c. Turquía*, de 12 de diciembre de 2006 (relativa a la ausencia de condición de víctima dado que la persona era parcialmente responsable de la violación).

Además, solo las personas vivas, ya sean las propias víctimas o las personas que presenten una demanda en su nombre, pueden interponer una demanda. El TEDH ha estimado que la demanda de una persona fallecida es inadmisibles, aun habiendo sido presentada por un representante. Sin embargo, cuando la víctima muere después de haber interpuesto su demanda, el TEDH puede aceptar que los familiares tengan el suficiente interés para que la demanda siga su curso. El Tribunal considera que, en algunos casos, la protección de los derechos humanos puede llegar a requerir que se proceda con el examen de la demanda, en lugar de resolverse el caso de forma automática, con independencia de la muerte del demandante original.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Raimondo c. Italia*, de 22 de febrero de 1994, párrafo 2 (relativa a una causa seguida por el heredero o pariente cercano);
- ▶ STEDH *Karner c. Austria*, de 24 de julio de 2003, párrafos 25ff. (relativa a la facultad del Tribunal para evaluar la necesidad de continuar con el examen de la demanda con el fin de proteger los derechos humanos).

Finalmente, la condición jurídica de la víctima debe estar justificada a lo largo de todo el proceso. Si en algún momento las autoridades nacionales toman medidas para reconocer expresamente la violación y para repararla, el demandante pierde su condición como tal.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Scordino c. Italia* (n.º 1) (GS), de 29 de marzo de 2006, párrafos 178ff., 193: «el Tribunal debe verificar que las autoridades hayan

reconocido, al menos en lo esencial, una violación de un derecho protegido por el Convenio, así como la reparación puede considerarse adecuada y suficiente... En conclusión, y teniendo en cuenta el hecho de que no se han satisfecho varios de los requisitos, el Tribunal considera que la reparación ha sido insuficiente. Dado que el segundo criterio, relativo a una reparación adecuada y suficiente, no se ha cumplido, el Tribunal considera que los demandantes pueden, en el presente caso, continuar siendo considerados como «víctimas» por el incumplimiento del requisito del «plazo razonable».

- ▶ STEDH *Burdov c. Rusia*, de 7 de mayo de 2002, párrafo 30: «el Tribunal reitera que les corresponde principalmente a las autoridades nacionales reparar cualquier presunta violación del Convenio. A este respecto, la cuestión de si el demandante puede o no presentar una demanda en cuanto víctima de la violación alegada es relevante en todas las etapas del procedimiento en virtud del Convenio».

ii. El concepto de posibles víctimas y los migrantes

El TEDH ha subrayado el hecho de que el impacto directo de la violación es un criterio que no puede aplicarse de forma estricta y mecánica, estableciendo, en consecuencia, el concepto de «víctima potencial». Por lo tanto, el Tribunal ha reconocido, de forma casuística, la requerida condición de víctimas a aquellas personas que, sin ser víctimas de una violación directa, pueden ser víctimas potenciales.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Soering c. Reino Unido* (Pleno), de 7 de julio de 1989 (relativa a una víctima potencial en un caso de extradición);
- ▶ STEDH *Open Door y Dublin Well Woman c. Irlanda* (Pleno), de 29 de octubre de 1992, párrafo 44 (relativa a unas víctimas potenciales en un caso sobre las medidas aplicadas para restringir la difusión de información sobre el aborto de mujeres en edad fértil);
- ▶ STEDH *Karner c. Austria*, de 24 de julio de 2003, párrafo 25 (relativa a la violación directa como un criterio que no es mecánico ni inflexible).

El desarrollo de este concepto es de particular importancia para los migrantes. Como se explica a continuación, el derecho a un recurso efectivo en casos de deportación debe producir un efecto suspensivo, a fin de proteger eficazmente contra los riesgos potenciales que existan en el país de destino, especialmente contra las violaciones del artículo 3 del CEDH. El TEDH ha

apreciado tales hipotéticas violaciones del CEDH, en los casos en los que el demandante llegue a ser deportado, pudiendo ser víctima de tortura y malos tratos, de un proceso injusto, de una detención arbitraria o de una violación de su derecho a la vida familiar, por ejemplo.

Ejemplos:

Violación del artículo 3 del CEDH en caso de expulsión:

- ▶ STEDH *Sufi y Elmi c. Reino Unido*, de 28 de junio de 2011 (relativa a dos somalíes que corrían el riesgo de ser maltratados o asesinados en caso de volver a Mogadiscio; el TEDH sostuvo que se hubiese producido una violación del artículo 3 en el caso de devolución de los demandantes);
- ▶ STEDH *Auad c. Bulgaria*, de 11 de octubre de 2011 (relativa a la detención con objeto de expulsar a un apátrida de origen palestino que alegaba correr el riesgo de sufrir malos tratos en caso de ser expulsado. El TEDH constató violaciones de los artículos 5 y 13 del CEDH y sostuvo que habría sido una violación del artículo 3 en caso de que se llegara a ejecutar la expulsión del Sr. Auad);
- ▶ STEDH *IM c. Francia*, de 2 de febrero de 2012 (a la luz de los riesgos a los que se enfrentaba el demandante en caso de ser deportado a Sudán, y dado que su solicitud de asilo se había tramitado mediante un procedimiento acelerado, el TEDH estimó que se había producido una violación del artículo 13 relativo al derecho a un recurso efectivo, apreciado en conjunto con el artículo 3 del CEDH).

Violación del artículo 6 del CEDH en caso de deportación:

- ▶ STEDH *Othman c. Reino Unido*, de 17 de enero de 2012 (a pesar de las garantías diplomáticas que protegían al demandante contra la tortura, el TEDH apreció la existencia de un riesgo real de que las pruebas obtenidas mediante tortura fuesen usadas en su juicio. Es la primera vez que el TEDH ha sostenido que una expulsión supone una violación del artículo 6 del CEDH (derecho a un proceso equitativo) reflejando, de este modo, el consenso internacional sobre la imposibilidad de un juicio justo en el que se empleen pruebas obtenidas mediante tortura).

Violación del Artículo 8 en caso de expulsión:

- ▶ STEDH *Núñez c. Noruega*, de 28 de junio de 2011 (denuncia de una ciudadana de la República Dominicana contra una orden de expulsión de Noruega, que la separaría de sus hijos pequeños residentes en dicho país.) El TEDH determinó que habría una violación del artículo

8 del CEDH y del derecho al respeto de la vida familiar en caso de que la demandante fuera expulsada de Noruega).

iii. El requisito del agotamiento de los recursos internos

La regla del agotamiento de los recursos internos es un principio del Derecho internacional consuetudinario y está consagrado en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, así como en varios instrumentos internacionales de derechos humanos.²¹⁵ En el CEDH, este requisito está expresamente previsto en el artículo 35.1, que establece que «al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional». En el asunto *A, B y C c. Irlanda*, el TEDH apreció que «la existencia de tales recursos debe ser lo suficientemente cierta no solo en teoría sino también en la práctica, de lo contrario carecerán de la accesibilidad y de la eficacia requeridas, correspondiéndole al Estado demandado probar que se cumplen con tales condiciones».²¹⁶

Las razones que subyacen a este requisito residen en la función subsidiaria del TEDH y en la oportunidad que se le debe dar a los Estados para prevenir o reparar la violación a nivel nacional antes de que se adopte una decisión a nivel internacional. También está vinculado con la obligación de los Estados de establecer un recurso efectivo en virtud del artículo 13 del CEDH. El TEDH considera que es un principio básico y un aspecto indispensable del sistema de protección del CEDH.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Selmouni c. Francia* (GS), de 28 de julio de 1999, párrafo 74 (relativa al carácter subsidiario del sistema del CEDH);
- ▶ STEDH *Kudla c. Polonia* (GS), de 26 de octubre de 2000, párrafo 152.

De forma similar al concepto de víctima, la regla del agotamiento de los recursos internos no debe aplicarse con un formalismo extremo y debe interpretarse con flexibilidad, a la luz de la situación particular de cada caso. Por ejemplo, el TEDH ha estimado que sería excesivo exigirle a un demandante que agotase previamente aquellos recursos nacionales que no sean considerados obligatorios, ni siquiera por la instancia jurisdiccional superior del Estado en cuestión. Además, la exigencia al demandante de agotar un

215. Véase, por ejemplo, el asunto de la CIJ *Interhandel* (*Suiza c. los Estados Unidos*), de 21 de marzo de 1959, Informes de la CIJ 1959, pág. 6. Véase también el artículo 41.1 (c) del PIDCP y los artículos 2 y 5.2 (b) del Protocolo Facultativo del PIDCP.

216. STEDH *A, B, and C. c. Irlanda* (GS), de 16 de diciembre de 2010, párrafo 142.

recurso que constituya un obstáculo desproporcionado y que incida en el derecho a presentar una demanda individual ante el TEDH (artículo 34) también ha sido considerada excesiva. Además, los recursos internos deben estar disponibles y deben ser accesibles tanto en la teoría como en la práctica para que la regla sea de aplicación.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *D.H. y otros c. La República Checa* (GS), de 13 de noviembre de 2007, párrafos 116-18;
- ▶ STEDH *Ringeisen c. Austria*, de 16 de julio de 1971, párrafo 89 (relativa a la flexibilidad de la regla);
- ▶ STEDH *Veriter c. Francia*, 14 de octubre de 2010, párrafo 27 (relativa a la exención de la regla del agotamiento de los recursos internos por el hecho de exigir al demandante que agotase un recurso que, en particular, constituía un obstáculo desproporcionado para el ejercicio del derecho del artículo 34 del TEDH).

Finalmente, el requisito del artículo 35.1 del CEDH se considera satisfecho cuando el tribunal, ante el cual se ha recurrido, examina el fondo del asunto, aunque declare inadmisibles el recurso, o cuando el tribunal se pronuncie sobre el fondo de del asunto, aunque lo haga de forma breve o la demanda interpuesta apenas respete los formularios o la redacción requeridos por la legislación nacional. Además, cuando un demandante tenga la opción de elegir entre varios recursos paralelos con objetivos similares para obtener reparación, solo se le requerirá agotar uno de ellos para cumplir con la regla del agotamiento de los recursos internos.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suiza* (n.º 2) (GS), de 30 de junio de 2009, párrafos 43-45;
- ▶ STEDH *Vladimir Romanov c. Rusia*, de 24 de julio de 2008, párrafo 52;
- ▶ STEDH *Jasinskis c. Letonia*, de 21 de diciembre de 2010, párrafos 50 y 53-54 (relativa a la concurrencia de varios recursos paralelos).

iv. El límite del plazo de seis meses

El artículo 35.1 del CEDH también establece un plazo para interponer la demanda. El citado artículo dispone que una demanda debe presentarse “en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva” para que sea admisible. También sobre este tema el TEDH ha sido prolífico

y ha desarrollado una amplia jurisprudencia interpretando y detallando el requisito del límite temporal.

La justificación de esta regla reside en la garantía de la seguridad jurídica y en la necesidad de evitar la incertidumbre de los plazos irrazonables. Por lo tanto, aunque se consideren suficientes seis meses para que el demandante pueda decidir sobre la idoneidad de su demanda interpuesta ante el TEDH y sobre las alegaciones a presentar, de este modo, al mismo tiempo, se asegura un examen justo de los hechos que sería más difícil y menos seguro para las autoridades y para otras personas interesadas por el propio paso del tiempo.

Ejemplos:

- ▶ TEDH *Nee c. Irlanda*, Demanda n.º 52787/09. Decisión de 30 de enero de 2003;
- ▶ TEDH *P.M. c. Reino Unido*, Demanda n.º 6638/03. Decisión de 24 de agosto de 2004;
- ▶ TEDH *O'Loughlin y otros c. Reino Unido*, Demanda n.º 23274/04. Decisión de 25 de agosto de 2005.

El plazo de los seis meses requiere que un tribunal nacional haya resuelto previamente de forma definitiva la posición del demandante con respecto al objeto de su demanda. El plazo se cuenta a partir del momento en que la sentencia produzca el efecto de cosa juzgada. Además, el TEDH ha establecido que solo cuentan los recursos ordinarios y efectivos, ya que los posibles demandantes no deberían sentirse tentados a eludir el plazo con demandas abusivas interpuestas ante órganos inapropiados. Del mismo modo, las demandas de reapertura de procedimientos o los recursos extraordinarios no se tienen en cuenta y no permiten, en principio, la extensión de la regla de los seis meses, a menos que tal recurso sea el único disponible.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Varnava y otros c. Turquía* (GS), de 18 de septiembre de 2009, párrafo 157;
- ▶ TEDH *Paul y Audrey Edwards c. Reino Unido*, Demanda n.º 46477/99. Decisión de 7 de junio de 2001;
- ▶ TEDH *Ahtinen c. Finlandia*, Demanda n.º 48907/99. Decisión de 31 de mayo de 2005 (relativa a un recurso extraordinario que puede contar en cuanto único recurso disponible);
- ▶ TEDH *Fernie c. Reino Unido*, Demanda n.º 14881/04. Decisión de 5 de enero de 2006;

- ▶ TEDH *Tucka c. Reino Unido* (n.º 1), Demanda n.º 34586/10. Decisión de 18 de enero de 2011.

En el caso de una situación sostenida en el tiempo, el plazo de seis meses comenzará a contarse desde el momento en que termine dicha situación. Sin embargo, es importante tener en cuenta que las consecuencias de una violación, aunque sean significativas, no se califican como una situación sostenida en el tiempo y, por tanto, no suspenden la aplicación de la regla.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Varnava y otros c. Turquía* (GS), de 18 de septiembre de 2009, párrafo 161;
- ▶ STEDH *lordache c. Rumanía*, de 14 de octubre de 2008, párrafos 49-50.

Con respecto a la fecha exacta en que comienza a computar el plazo, el TEDH ha establecido que es el día siguiente a la fecha en que la decisión final se hizo pública o se comunicó al demandante o a su representante. En relación con la fecha de interposición de la demanda, el artículo 47.6 del Reglamento del TEDH (que entró en vigor el 1 de mayo de 2012) establece que:

a los efectos del artículo 35.1 del Convenio, se considerará como fecha de interposición de la demanda aquella en la que el formulario se remita al TEDH debidamente cumplimentado con arreglo a los requisitos de este Reglamento, siendo prueba fehaciente la fecha del matasellos. No obstante, el TEDH puede considerar otra fecha de interposición si lo estima justificado.

El TEDH ha especificado que la fecha del registro de la demanda es la fecha del matasellos y no la fecha de recepción de la misma.

Ejemplo:

- ▶ STEDH *Kipritci c. Turquía*, de 3 de junio de 2008, párrafo 18.

v. La demanda no debe ser esencialmente la misma a otra examinada anteriormente por el TEDH o ya sometida a otra instancia internacional de investigación o de arbitraje

Esta regla está prevista en el artículo 35.2 del CEDH y significa que una demanda que sea esencialmente la misma y que no presente ninguna información nueva o elemento pertinente será declarada inadmisibile. El TEDH ha establecido que una demandase considerará esencialmente idéntica cuando los hechos, las alegaciones y las partes involucradas sean los mismos. En cuanto a otros procedimientos internacionales, para que

sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 35.2 del CEDH, éstos deben ser públicos, internacionales, judiciales e independientes.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suiza* (n.º 2) (GS), de 30 de junio de 2009, párrafo 63 (relativa a los criterios para que una solicitud sea considerada «esencialmente idéntica» por el TEDH);
- ▶ STEDH *Lukanov c. Bulgaria*, Demanda n.º. 21915/93. Decisión de 12 de enero de 1995 (relativa al requisito de los procedimientos públicos);
- ▶ STEDH *Jeličić c. Bosnia y Herzegovina*, Demanda n.º. 41183/02. Decisión de 15 de noviembre de 2005 (relativa al requisito del procedimiento internacional);
- ▶ STEDH *Mikolenko c. Estonia*, Demanda n.º. 10664/05. Decisión de 8 de enero de 2008 (relativa al requisito de un procedimiento independiente).

Estas reglas pretenden evitar la reiteración de asuntos y la pluralidad de procedimientos internacionales relativos a un único asunto.

Para obtener más información sobre los criterios de admisibilidad, consulte la «Guía práctica sobre admisibilidad» publicada por el TEDH.²¹⁷

b. ¿Pueden los migrantes solicitar medidas cautelares?

El artículo 39.1 del Reglamento del TEDH establece que «la Sala, o en su caso el Presidente, podrán, a petición de una parte o de cualquier otra persona interesada o de oficio, indicar a las partes cualquier medida provisional que estimen deba adoptarse en intereses de las partes o del buen desarrollo del procedimiento». En consecuencia, los Estados deben tomar las medidas urgentes y provisionales indicadas por el TEDH a solicitud del demandante, para evitar que tenga lugar un «riesgo inminente de daño irreparable» mientras se lleve a cabo el examen del caso.

Ejemplos:

- ▶ STEDH *Mamatkulov y Askarov c. Turquía* (GS), de 4 de febrero de 2005;
- ▶ STEDH *Paladi c. Moldavia* (GS), de 10 de marzo de 2009.

Por lo general, se refieren a situaciones comprendidas en los artículos 2 y 3 del CEDH, en las que el demandante se expone a una amenaza contra su

217. Disponible en la página web del TEDH (www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Case-law+analysis/Admissibility+guide).

vida o sufrir malos tratos, como tortura y tratos inhumanos o degradantes. En casos más excepcionales, las medidas provisionales pueden tratar de proteger el derecho al respeto de la vida familiar del artículo 8 del CEDH. Por lo tanto, estas medidas son de especial interés para los migrantes, especialmente en los supuestos de no devolución, dado que una gran mayoría de las medidas ordenadas por el TEDH se refieren a la suspensión de deportaciones y extradiciones.

Ejemplos:

Riesgo de persecución por razones políticas, étnicas o religiosas:

- ▶ STEDH *F.H. c. Suecia*, de 20 de enero de 2009
- ▶ STEDH *Y.P. y L.P. c. Francia*, de 1 de septiembre de 2010
- ▶ STEDH *W.H. c. Suecia*, de 8 de abril de 2015 (GS)

Riesgo de malos tratos relacionados con la orientación sexual:

- ▶ STEDH *M.E. c. Suecia* (GS), de 8 de abril de 2015

Riesgo de ser sometido a mutilación genital:

- ▶ TEDH *Abraham Lunguli c. Suecia*, de 1 de julio de 2003 (Decisión de archivo de actuaciones).

Casos de expulsión con un elemento médico o relativo a la salud:

- ▶ STEDH *D. c. Reino Unido*, de 2 de mayo de 1997
- ▶ SETDH *N. c. Reino Unido*, de 27 de mayo de 2008 (GS)

Las medidas provisionales se solicitan y se tratan mediante un procedimiento escrito. A menos que la demanda sea manifiestamente infundada y tenga como objetivo retrasar el procedimiento, cada demanda se tratará como una cuestión prioritaria y se examinará de forma individual. La decisión del TEDH con respecto a las medidas provisionales no es susceptible de apelación. Sin embargo, cuando una persona haya sido deportada a otro Estado miembro después de la denegación de su solicitud de medidas cautelares, puede presentar una nueva demanda contra el Estado de destino. Además, el plazo de las indicaciones del TEDH varía de conformidad con el artículo 39, pudiendo el Tribunal dejarlas sin efecto en cualquier momento.

Además, el TEDH ha establecido que, a la luz de las cuestiones en juego (artículos 2 y 3 del CEDH), y en caso de existir un riesgo real de daño grave e irreversible, una medida provisional solicitada para evitar la ejecución de una orden de extradición o de deportación produce efectos jurídicos vinculantes para el Estado en cuestión. Por lo tanto, las autoridades que no

puedan adoptar todas las medidas adecuadas para cumplir con una medida indicada por el TEDH, de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 39, vulnera el artículo 34 del CEDH. Es responsabilidad del TEDH verificar el cumplimiento por parte de los Estados de una medida provisional.

Ejemplos:

- ▶ STEDH, *Paladi c. Moldavia* (GS), 10 de marzo de 2009, párrafos 87-92 (relativa a la obligación de adoptar todas las medidas razonables para cumplir con una medida provisional);
- ▶ TEDH, *Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido*, Demanda n.º 61498/08. Decisión de 30 de junio de 2009, párrafos 162-65 (relativa al traslado de detenidos a las autoridades iraquíes en contra de lo dispuesto por una medida provisional);
- ▶ STEDH *Kamaliyevy c. Rusia*, de 3 de junio de 2010, párrafos 75-79 (relativa a la expulsión del primer demandante en contra de lo dispuesto por una medida cautelar);
- ▶ STEDH *D.B. c. Turquía*, de 13 de julio de 2010, párrafo 67 (relativa a la falta de una reunión adecuada entre un solicitante de asilo detenido y su abogado, tal como lo indicaba la medida provisional).

El Tribunal no es un tribunal de apelación para casos de asilo e inmigración. Las medidas provisionales solo deberían aplicarse en casos excepcionales.

Cabe señalar que el simple hecho de que se haya presentado una solicitud en virtud del artículo 39 del Reglamento del Tribunal no es suficiente para suspender la extradición o el proceso de deportación. La ejecución se suspenderá únicamente como resultado de una indicación del TEDH

Ejemplo:

- ▶ TEDH *Al-Moayad c. Alemania*, Demanda n.º. 35865/03. Decisión de 20 de febrero de 2007, párrafos 122ff. (una solicitud de medidas provisionales no es suficiente para suspender la ejecución de la orden de extradición).

Finalmente, es importante recordar que «el TEDH no es una instancia de apelación de los tribunales de asilo e inmigración europeos».²¹⁸ En respuesta al drástico aumento de solicitudes de medidas provisionales en casos de inmigración, el Presidente del TEDH emitió una declaración recordando el hecho de que el TEDH no debe utilizarse como un tribunal de apelación

218. TEDH, 2011.

en casos de asilo e inmigración, de la misma manera que no es un tribunal de apelación penal para condenas penales. El Tribunal hizo hincapié en el carácter excepcional de las medidas provisionales, subrayando al hecho de que «si los procedimientos nacionales de inmigración y asilo llevan a cabo su propia evaluación del riesgo y actúan de manera justa y con respeto a los derechos humanos, el TEDH debería ser solo requerido para intervenir en casos verdaderamente excepcionales».

Para obtener más información sobre las solicitudes de medidas provisionales, consulte la «Guía relativa a la solicitud de medidas provisionales en virtud del artículo 39 del Reglamento del Tribunal», emitida por el Presidente del TEDH de conformidad con el artículo 32 del Reglamento del Tribunal el 5 de marzo de 2003 y modificada el 16 de octubre de 2009 y el 7 de julio de 2011, disponible en www.echr.coe.int.

VIII. Las reclamaciones colectivas ante el Comité Europeo de Derechos Sociales

El mecanismo de reclamaciones colectivas que permite presentar reclamaciones ante el CEDS contra las violaciones de la CSE (r) fue previsto por el Protocolo Adicional de 1995, que entró en vigor en 1998.

De conformidad con los artículos 23 y 24 del Reglamento del CEDS, las reclamaciones colectivas deben dirigirse, en uno de los dos idiomas de trabajo, inglés o francés, al Secretario Ejecutivo que actúa en nombre del Secretario General del Consejo de Europa. El Secretario General «acusará recibo de la misma, la notificará a la Parte Contratante interesada y la transmitirá inmediatamente al Comité de Expertos Independientes»²¹⁹

El CEDS primero examina la admisibilidad de la reclamación (artículo 29). Si cumple con los requisitos formales (artículo 30) y se declara admisible, se inicia un procedimiento escrito que requiere el intercambio de alegaciones entre las Partes (artículo 31). A continuación, el CEDS evalúa el fondo de la reclamación e informa a las partes, así como al Comité de Ministros, de su decisión (artículo 35). A partir de ese momento, la decisión debe hacerse pública ya sea con ocasión de la adopción de una resolución del Comité de Ministros o en un plazo máximo cuatro meses (artículo 35.4).

Además, el procedimiento de reclamaciones colectivas del CEDS se beneficia de un sistema de medidas urgentes que podría ser comparable con las medidas provisionales del artículo 39 del Reglamento del TEDH. De conformidad con el artículo 36 del Reglamento del Comité, una vez que éste ha declarado admisible una reclamación, tiene la facultad, en cualquier momento posterior, de indicar a las Partes las medidas inmediatas que se consideren necesarias

219. Consejo de Europa, Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que prevé un Sistema de Quejas Colectivas, Artículo 5.

para evitar «el riesgo de una lesión grave e irreparable y para garantizar el respeto efectivo de los derechos reconocidos en la Carta Social Europea». Las medidas inmediatas pueden ser solicitadas por la organización demandante, el Estado demandado o adoptadas de oficio por el CEDS.

a. ¿Quiénes están legitimados para interponer una reclamación colectiva?

Solo algunas organizaciones están facultadas para presentar una reclamación colectiva ante el TEDH. Éstas están reguladas en los artículos 1 y 2 del Protocolo Adicional a la CSE (r):

- ▶ las organizaciones internacionales de empleadores y de trabajadores;
- ▶ las organizaciones internacionales no gubernamentales, que gocen de Estatuto consultivo en el Consejo de Europa y que estén inscritas en la lista establecida a estos efectos por el Comité Gubernamental²²⁰ de la Carta (o de la CSE (r)) por un período renovable de cuatro años.
- ▶ las organizaciones nacionales representativas de empleadores y trabajadores pertenecientes a la Parte contratante implicada;
- ▶ las organizaciones no gubernamentales representativas que estén particularmente cualificadas en las materias que se rigen por la CSE (y por la CSE (r)) y que dependan de la jurisdicción de un Estado contratante que ha reconocido su derecho a la interposición de una reclamación colectiva contra éste.

b. Los criterios de admisibilidad

El formulario de la reclamación colectiva debe contener la siguiente información:

- ▶ el nombre y los datos de contacto de la organización que presenta la reclamación;
- ▶ la prueba de que la persona que presenta y firma la reclamación tiene derecho a representar a la organización que presenta la reclamación;
- ▶ el Estado contra el cual se dirige la reclamación;
- ▶ una indicación de las disposiciones de la CSE(r) que supuestamente han sido violadas;

220. Lista disponible en: www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/OrganisationsEntitled/INGOListJanuary2012_en.pdf.

- ▶ el objeto de la reclamación, a saber, las alegaciones sobre el supuesto incumplimiento de la CSE (r) por parte del Estado en cuestión, junto con los argumentos pertinentes y, en su caso, con los documentos justificativos.

La reclamación debe estar redactada en inglés o francés en el caso de las organizaciones de las categorías 1ª y 2ª anteriormente citadas. En el caso de las otras organizaciones (categorías 3ª y 4ª), se puede redactar en el idioma oficial, o en cualquiera de los idiomas oficiales, del Estado en cuestión.

El CEDS examina la reclamación y, si se cumplen con los requisitos formales, la declara admisible.

c. Las ventajas y los inconvenientes

El sistema de reclamaciones colectivas del CEDS es similar y, a la vez, diferente al procedimiento del TEDH. Esto plantea la pregunta de cuáles son las ventajas y los inconvenientes del sistema del CEDS.

La diferencia más obvia concierne a los demandantes. Si bien puede parecer que el mecanismo de reclamaciones colectivas, que no permite a las personas presentar demandas individuales ante el CEDS, es más restrictivo, no obstante, presenta una serie de ventajas. El procedimiento es, de hecho, menos oneroso en términos de formalismos e implica menos restricciones con respecto a los criterios de admisibilidad, en comparación con el procedimiento del TEDH. Por su parte, las organizaciones facultadas para presentar una reclamación no necesitan agotar los recursos internos, ni deben demostrar su condición de víctimas. Además, permite la interposición de una demanda colectiva o grupal.

Por otro lado, el formalismo simplificado conlleva también algunos inconvenientes para los demandantes. A los demandantes no se les puede otorgar una satisfacción equitativa a través del procedimiento de reclamaciones colectivas. El papel del Comité de Ministros para garantizar el seguimiento adecuado de las decisiones del CEDS no es tan sólido como el procedimiento para la supervisión de la ejecución de las sentencias del TEDH. El Comité de Ministros es responsable del seguimiento de conformidad con el Protocolo Adicional, en virtud del artículo 9, mientras que el CEDS verifica, en los informes posteriores aportados en el marco del procedimiento de presentación de informes, si los Estados han adoptado realmente las medidas necesarias para ajustar la situación de conformidad con lo dispuesto en la Carta (artículo 10 del Protocolo Adicional y artículo 40 del Reglamento del CEDS).

Referencias bibliográficas

Comité de Ministros (1978), Resolución (78) 33 sobre la reagrupación de las familias de los trabajadores migrantes en los Estados miembros del Consejo de Europa, adoptada el 8 de junio de 1978 en la 289ª reunión de los Delegados de los Ministros.

Comité de Ministros (1998), Recomendación Nº. R (1998) 7 sobre los aspectos éticos y organizativos de los cuidados de salud en el medio penitenciario, adoptada el 8 de abril de 1998 en la 627ª reunión de los Delegados de Ministros.

Comité de Ministros (1999), Recomendación Nº. R (1999) 23 sobre la reunificación familiar para refugiados y otras personas necesitadas de protección internacional, adoptada el 15 de diciembre de 1999 en la 692ª reunión de los Delegados de Ministros.

Comité de Ministros (2002), Recomendación Rec (2002) 4 sobre el estatuto jurídico de las personas admitidas en la reagrupación familiar, adoptada el 26 de marzo de 2002 en la 790ª reunión de los Delegados de los Ministros.

Comité de Ministros (2004), Actividades de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), 1998-2002 - Recomendación 1607 (2003) de la Asamblea Parlamentaria, adoptada el 21 de enero de 2004 en la 869ª Reunión de los Delegados de Ministros, CM / AS (2004) Rec1607 final.

Comité de Ministros (2005), «Veinte directrices sobre retorno forzoso», adoptado el 4 de mayo de 2005 en la 925ª reunión de los Delegados de Ministros.

Comité de Ministros (2009), «Directrices sobre la protección de los derechos humanos en el contexto de los procedimientos acelerados de asilo», adoptadas el 1 de julio de 2009 en la 1062ª reunión de los Delegados de los Ministros.

Comité de Ministros (2010), Recomendación CM / Rec (2010) 5 sobre medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, adoptada el 31 de marzo de 2010 en la 1081ª reunión de los Delegados de Ministros.

Consejo de Europa (1984), «Informe explicativo al Protocolo n.º. 7 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales», STE n.º. 117.

Consejo de la Unión Europea (2003a), Reglamento (CE) n.º. 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, DOUE, L 050, 25 de febrero de 2003, pp. 1-10.

Consejo de la Unión Europea (2003b), Directiva del Consejo de la UE 2003/86 / EC sobre el derecho a la reagrupación familiar, 22 de septiembre de 2003.

CPT (2011), «Las normas del CPT», Consejo de Europa. CPT / Inf / E (2002) 1 - Rev. 2011, diciembre de 2011.

CEDS, «Conclusiones II», 1969.

CEDS, «Conclusiones XVI-1», 2002.

CEDS, «Conclusiones 2003».

CEDS, «Conclusiones 2004».

CEDS, «Conclusiones 2006».

CEDS, «Conclusiones 2007».

CEDS, «Conclusiones XVII-2», 2007.

CEDS, «Conclusiones 2008».

CEDS (2008), «Recopilación de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales», 1 de septiembre de 2008.

CEDS, «Conclusiones 2009».

CEDS, «Declaración de interpretación sobre los derechos de los refugiados en virtud de la Carta Social Europea», 5 de octubre de 2015 (elaborado durante la 280ª sesión del Comité Europeo de Derechos Sociales, 7-11 de septiembre de 2015).

TEDH (2011), «Declaración emitida por el Presidente del TEDH sobre las solicitudes de medidas provisionales (Artículo 39 del Reglamento del Tribunal)», disponible en inglés en: www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/B76DC4F5-5A09-472B-802C-07B4150BF36D/0/20110211_ART_39_Statement_EN.pdf.

Grupo Mundial sobre Migración (2010), «Declaración del Grupo Mundial sobre Migración sobre los derechos humanos de los migrantes en situación irregular», 30 de septiembre de 2010.

OIT (2010), *Migración laboral internacional. Un enfoque basado en los derechos*, Ginebra.

APCE (1994), Recomendación 1237 (1994) sobre la situación de los solicitantes de asilo cuyas solicitudes de asilo han sido denegadas, adoptada el 12 de abril de 1994 (11ª sesión).

APCE (1997), Recomendación 1327 (1997) sobre la protección y el fortalecimiento de los derechos humanos de los refugiados y solicitantes de asilo en Europa, adoptada el 24 de abril de 1997 (14ª sesión).

APCE (2000a), Recomendación 1440 (2000) sobre las restricciones al asilo en los Estados miembros del Consejo de Europa y la Unión Europea, adoptada el 25 de enero de 2000 (3ª sesión).

APCE (2000b), Recomendación 1470 (2000) sobre la situación de los homosexuales y las lesbianas y sus parejas con respecto al asilo y la inmigración en los Estados miembros del Consejo de Europa, adoptada el 30 de junio de 2000 (24ª sesión).

APCE (2004), Recomendación 1686 (2004) sobre la movilidad humana y el derecho a la reagrupación familiar, adoptada el 23 de noviembre de 2004.

APCE (2011a), Resolución 1810 (2011) sobre los niños no acompañados en Europa: cuestiones de acogida, estancia y retorno, adoptada el 15 de abril de 2011 (14ª sesión).

APCE (2011b), Recomendación 1985 (2011) sobre los menores migrantes indocumentados en situación irregular: un motivo real de preocupación, adoptada el 7 de octubre de 2011 (36ª sesión).

APCE (2014), Resolución 2020 (2014) sobre alternativas a la detención de menores por motivos de inmigración, adoptada el 3 de octubre de 2014

APCE (2014), Recomendación 2056 (2014) sobre alternativas a la detención de menores por motivos de inmigración, adoptada el 3 de octubre de 2014

PNUD (2009), «Informe sobre Desarrollo Humano 2009. Superando barreras: movilidad y desarrollo humanos», Nueva York.

AGNU (1975), Resolución 3449 (XXX), Medidas para garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todos los trabajadores migrantes, 9 de diciembre de 1975.

AGNU (1997), Resolución 51/75, UN Doc. A / RES / 51/75, 12 de febrero de 1997.

AGNU (1985), Resolución 40/144, Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en el que viven, 13 de diciembre de 1985.

ACNUR (1977a), *No Devolución*, Conclusión N°. 6 (XXVIII), Comité Ejecutivo, 28° período de sesiones, 1977.

ACNUR (1977b), *Nota sobre la no devolución* (presentada por el Alto Comisionado), Doc. De la ONU. EC / SCP / 2, 23 de agosto de 1977.

ACNUR, *Problemas de extradición que afectan a refugiados*, Conclusión N°. 17 (XXXI), Comité Ejecutivo, 31° Período de Sesiones, 1980.

Índice de asuntos

TEDH

A

- Abdolkhani y Karimnia c. Turquía*, de 22 de septiembre de 2009 27, 28, 34, 35, 36
- Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido (Pleno)*, de 24 de abril de 1985 22, 98, 124
- Abraham Lunguli c. Suecia*, de 1 de julio de 2003 20, 151
- A, B y C c. Irlanda (GS)*, de 16 de diciembre de 2010 146
- A.B. y Otros c. Francia*, de 12 de julio de 2016 47, 48
- Aden Ahmed c. Malta*, de 23 de julio de 2013 50
- Aerts c. Bélgica*, de 30 de julio de 1998 39
- A.F. c. Grecia*, de 13 de junio de 2013 40
- Ahtinen c. Finlandia*, Decisión, de 31 de mayo de 2005 148
- Akdivar y otros c. Turquía (GS)*, de 16 de septiembre de 1996 69
- Al-Moayad c. Alemania*, Decisión, de 20 de febrero de 2007 107, 152
- Al-Nashif c. Bulgaria*, de 20 de junio de 2002 52, 55, 56, 137
- Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido*, Decisión, de 30 de junio de 2009 116, 121, 122, 152
- A.M. c. Francia*, de 12 de julio de 2016 54
- A.M.E. c. los Países Bajos*, de 13 de enero de 2015 118
- Amrollahi c. Dinamarca*, de 11 de julio de 2002 125
- Amuur c. Francia*, de 25 de junio de 1996 20, 26, 28, 143
- Asalya c. Turquía*, de 15 de abril de 2014 51
- A.S. c. Suiza*, de 30 de junio de 2015 118
- Asiáticos de África Oriental c. Reino Unido (Pleno)*, de 14 de diciembre de 1973 18
- Auad c. Bulgaria*, de 11 de octubre de 2011 38, 145
- A.W. Khan c. Reino Unido*, de 12 de enero de 2010 125
- A. y otros c. Reino Unido (GS)*, de 19 de febrero de 2009 31, 33, 52, 53, 56

B

- Bader y Kanbor c. Suecia*, de 8 de noviembre de 2005 107
Baj Sultanov c. Austria, de 12 de junio de 2012 97
Benamar y otros c. los Países Bajos, Decisión, de 5 de abril de 2005 97
Bolat c. Rusia, de 5 de octubre de 2006 129, 130
Bouamar c. Bélgica, de 29 de febrero de 1988 55
Boultif c. Suiza, de 2 de agosto de 2001 126
Brogan y otros c. Reino Unido (Pleno), de 29 de noviembre de 1988 56
Bubullima c. Grecia, de 28 de octubre de 2010 38
Burdov c. Rusia, de 7 de mayo de 2002 144

C

- Calvelli y Ciglio c. Italia (GS)*, de 17 de enero de 2002 73
C.G. y otros c. Bulgaria, de 24 de abril de 2008 130, 132
Chahal c. Reino Unido (GS), de 15 de noviembre de 1996 17, 30, 31, 53, 56, 106, 111
Chapman c. Reino Unido (GS), de 18 de enero de 2001 69
Charahili c. Turquía, de 13 de abril de 2010 38, 40
Chipre c. Turquía (GS), de 10 de mayo de 2001 18
Ciliz c. los Países Bajos, de 11 de julio de 2000 100, 126
Conka c. Bélgica, de 5 de febrero de 2002 29, 135, 139
Connors c. Reino Unido, de 27 de mayo de 2004 69
Cox c. Turquía, de 20 de mayo de 2010 128
Cruz Varas y otros c. Suecia (Pleno), de 20 de marzo de 1991 111, 115

D

- D.B. c. Turquía*, de 13 de julio de 2010 152
Dbouba c. Turquía, de 13 de julio de 2010 116
D. c. Reino Unido, de 2 de mayo de 1997 18, 20, 120, 151
De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica (Pleno), de 18 de junio de 1977 55
D.H. y otros c. la República Checa (GS), de 13 de noviembre de 2007 147
Dogan y otros c. Turquía, de 29 de junio de 2004 69
Dougoz c. Grecia, de 6 de marzo de 2001 29

E

- E.B. c. Francia (GS)*, de 22 de enero de 2008 16
Efremidze c. Grecia, de 21 de junio de 2011 37, 41
Eminbeyli c. Rusia, de 26 de febrero de 2009 38
Engel y otros c. los Países Bajos 26
Erikson c. Italia, Decisión, de 26 de octubre de 1999 73

F

- Fawsie c. Grecia*, de 28 de octubre de 2010 91
Fernie c. Reino Unido, Decisión, de 5 de enero de 2006 148
F.H. c. Suecia, de 20 de enero de 2009 19, 151
Filiz Uyan c. Turquía, de 8 de enero de 2009 50
Fox, Campbell y Hartley c. Reino Unido, de 30 de agosto de 1990 35

G

- Gaygusuz c. Austria*, de 16 de septiembre de 1996 90
Gorraiz Lizarraga y otros c. España, de 27 de abril de 2004 142
G.R. c. los Países Bajos, de 10 de enero de 2012 23
Gül c. Suiza, de 19 de febrero de 1996 95
Guzzardi c. Italia (Pleno), de 6 de noviembre de 1980 26

H

- Haydarie y otros c. los Países Bajos*, Decisión, de 25 de octubre de 2005 97
Hirsi Jamaa y otros c. Italia (GS), de 23 de febrero de 2012 21, 135, 139
H.L.R. c. Francia (GS), de 19 de febrero de 1998 110
Hode y Abdi c. Reino Unido, de 6 de febrero de 2013 98
Horshill c. Grecia, de 1 de agosto de 2013 40

I

- Ilascu y otros c. Rusia y Moldavia (GS)*, de 8 de julio de 2004 119
I.M. c. Francia, de 2 de febrero de 2012 135
Iordache c. Rumanía, de 14 de octubre de 2008 149
Isakov c. Rusia, de 8 de julio de 2010 113
Issa y otros c. Turquía, de 16 de noviembre de 2004 21

J

- Jasinskis c. Letonia*, de 21 de diciembre de 2010 147
Jeličić c. Bosnia y Herzegovina, Decisión, de 15 de noviembre de 2005 150
J.K. y otros c. Suecia 116

K

- Kaboulov c. Ucrania*, de 19 de noviembre de 2009 121
Kaja c. Grecia, de 27 de julio de 2006 37
Kamaliyevy c. Rusia, de 3 de junio de 2010 152
Kanagaratnam y otros c. Bélgica, de 13 de diciembre de 2011 46, 47, 48
Karner c. Austria, de 24 de julio de 2003 143, 144
Kaya c. Rumanía, de 12 de octubre de 2006 130
Keegan c. Irlanda, de 26 de mayo de 1994 100
Khodzhayev c. Rusia, de 12 de mayo de 2010 113
Kim c. Rusia, de 17 de julio de 2014 53
Kipritci c. Turquía, de 3 de junio de 2008 149
Kolesnik c. Rusia, de 17 de julio de 2010 113
Konstatinov c. los Países Bajos, de 26 de abril de 2007 126
Kroon y otros c. los Países Bajos, de 27 de octubre de 1994 100
Kudla c. Polonia (GS), de 26 de octubre de 2000 146
Kurt c. Turquía, de 25 de mayo de 1998 52, 143
Kuznetsov c. Ucrania, de 29 de abril de 2003 119

L

- Leyla Sahin c. Turquía (GS)*, de 15 de noviembre de 2005 79
Loizidou c. Turquía (Excepciones preliminares), de 23 de marzo de 1995 141
Lokpo y Touré c. Hungría, de 20 de septiembre de 2011 31
Longa Yonkeu c. Letonia, de 15 de noviembre de 2011 32
López Ostra c. España, de 9 de diciembre de 1994 73
Lukanov c. Bulgaria, Decisión, de 12 de enero de 1995 150
Lupsa c. Rumanía, de 8 de junio de 2006 130

M

- Maaouia c. Francia (GS)*, de 5 de octubre de 2000 129
- M.A. c. Chipre*, de 23 de julio de 2013 29
- Mahmundi y otros c. Grecia*, de 31 de julio de 2012 48
- Mamatkulov y Askarov c. Turquía (GS)*, de 4 de febrero de 2005 19, 122, 129, 141, 150
- Mathloom c. Grecia*, de 24 de abril de 2012 28
- M.B. y otros c. Turquía*, de 15 de junio de 2010 116
- McCann y otros c. Reino Unido (GS)*, de 27 de septiembre de 1995 143
- M.C. c. Bulgaria*, de 4 de diciembre de 2003 119
- M.E. c. Suecia*, de 26 de junio de 2014 114
- M.E. c. Suecia (GS)*, de 8 de abril de 2015 20, 114, 151
- Medvedyev y otros c. Francia (GS)*, de 29 de marzo de 2010 21, 28
- Mentes c. Turquía (GS)*, de 28 de noviembre de 1997 69
- Mikolenko c. Estonia*, Decisión, de 5 de enero de 2006 150
- Mohamad c. Grecia*, de 11 de diciembre de 2014 47
- Mokallal c. Ucrania*, de 10 de noviembre de 2011 32
- Monnat c. Suiza*, de 21 de septiembre de 2006 142
- Mouisel c. Francia*, de 14 de noviembre de 2002 42
- Moustaquim c. Bélgica*, de 18 de febrero de 1991 18
- M.S.S. c. Bélgica*, de 31 de enero de 2012 31
- M.S.S. c. Bélgica y Grecia (GS)*, de 21 de enero de 2011 24, 41, 43, 59, 108, 109, 112, 117, 120, 134, 135, 136, 139
- Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, de 12 de octubre de 2006 47, 48, 49
- Mugenzi c. Francia* 96
- Müller c. Austria (Pleno)*, Decisión, de 16 de diciembre de 1974 90
- Muminov c. Rusia*, de 11 de diciembre de 2008 111, 116, 122, 129, 135
- Musial c. Polonia*, de 20 de enero de 2009 50
- M. y otros c. Bulgaria*, de 26 de julio de 2011 53

N

- Na c. Reino Unido*, de 17 de julio de 2008 108, 113, 116
- Nasri c. Francia*, de 13 de julio de 1995 126

Nasrullojev c. Russia, de 11 de octubre de 2007 54, 55
N. c. Finlandia, de 26 de julio de 2005 111, 115
N. c. Reino Unido (GS), de 27 de mayo de 2008 120, 151
N. c. Suecia, de 20 de julio de 2010 107, 113
Nee c. Irlanda, Decisión, de 30 de enero de 2003 148
Niedzwiecki c. Alemania, de 25 de octubre de 2005 91
Nitecki c. Polonia, Decisión, de 21 de marzo de 2002 73
Nnyanzi c. Reino Unido, de 8 de abril de 2008 108, 115, 124
Nolan y K. c. Rusia, de 12 de febrero de 2009 103, 127, 128, 129, 130, 131, 133
Núñez c. Noruega, de 28 de junio de 2011 145

O

Okpisz c. Alemania, de 25 de octubre de 2005 91
O'Loughlin y otros c. Reino Unido, Decisión, de 25 de agosto de 2005 148
Öneryildiz c. Turquía (GS), de 30 de noviembre de 2004 73
Onur c. Reino Unido, de 27 de febrero de 2009 99, 100, 125
Open Door y Dublin Well Woman c. Irlanda (Pleno), de 29 de octubre de 1992 144
Orchowski c. Polonia, de 22 de octubre de 2009 41
Osman c. Dinamarca, de 14 de junio de 2011 99
Othman c. Reino Unido, de 17 de enero de 2012 122, 123, 145

P

Paladi c. Moldavia (GS), de 10 de marzo de 2009 150, 152
Pasa y Erkan Erol c. Turquía, de 12 de diciembre de 2006 143
Paul y Audrey Edwards c. Reino Unido, Decisión, de 7 de junio de 2001 148
Pentiacova y otros c. Moldavia, Decisión, de 4 de enero de 2005 73
Perry c. Letonia, de 8 de noviembre de 2007 124
P.M. c. Reino Unido, Decisión, de 24 de agosto de 2004 148
Poirrez c. Francia, de 30 de septiembre de 2003 90
Popov c. Francia, de 19 de enero de 2012 49
Powell c. Reino Unido, Decisión, de 4 de mayo de 2000 73
Price c. Reino Unido, de 10 de julio de 2001 51

R

- Rahimi c. Grecia*, de 5 de abril de 2011 31, 46, 48, 54
Raimondo c. Italia, de 22 de febrero de 1994 143
Rantsev c. Chipre y Rusia, de 7 de enero de 2010 84, 85, 86
Riad e Idiab c. Bélgica, de 24 de enero de 2008 43
Ribitsch c. Austria, de 4 de diciembre de 1995 119
Ringelsen c. Austria, de 16 de julio de 1971 147
Rodic y otros c. Bosnia y Herzegovina, de 27 de mayo de 2008 41, 42
R.U. c. Grecia, de 7 de junio de 2011 136

S

- Saadi c. Italia (GS)*, de 28 de febrero de 2008 106, 107, 108, 112, 115, 119
Saadi c. Reino Unido (GS), de 29 de enero de 2008 29, 30, 34, 36, 37, 39
Sakir c. Grecia, de 24 de marzo de 2016 42
Salah Sheekh c. los Países Bajos, de 11 de enero de 2007 113, 115
Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, de 21 de diciembre de 1999 16
Saoudin c. Grecia, de 28 de octubre de 2010 16, 91
Schalk y Kopf c. Austria, de 24 de junio de 2010 99, 100
Scordino c. Italia (n. ° 1) (GS), de 29 de marzo de 2006 143
Selmouni c. Francia (GS), de 28 de julio de 1999 146
Sentges c. Los Países Bajos, Decisión, de 8 de julio de 2003 73
Sezen c. Los Países Bajos, de 31 de enero de 2006 125
Shamayev y otros c. Georgia y Rusia, de 12 de abril de 2005 36, 121
Sharifi y otros c. Italia y Grecia, de 21 de octubre de 2014 117, 136, 138
S.H. c. Reino Unido, de 15 de junio de 2010 113
Sidabras y Dziautas c. Lituania, de 27 de julio de 2004 16
Siliadin c. Francia, de 26 de julio de 2005 84, 86, 142
Slivenko c. Letonia (GS), de 9 de octubre de 2003 55, 125
Soering c. Reino Unido (Pleno), de 7 de julio de 1989 104, 106, 111, 144
Soldatenko c. Ucrania, de 23 de octubre de 2008 110
Solomou y otros c. Turquía, de 24 de junio de 2008 22
Sufi y Elmi c. Reino Unido, de 28 de junio de 2011 145
Sultani c. Francia, de 20 de julio de 2007 140
Suso Musa c. Malta, de 23 de julio de 2013 53

T

- Takush c. Grecia*, de 17 de enero de 2012 33
Tanda-Muzinga c. Francia 96
Tarakhel c. Suiza, de 4 de noviembre de 2014 118
Tehrani y otros c. Turquía, de 13 de abril de 2010 28
Thlimmenos c. Grecia, de 6 de abril de 2000 16
Timishev c. Rusia, de 13 de diciembre de 2005 79
Tomic c. Reino Unido, Decisión, de 14 de octubre de 2003 123
Tucka c. Reino Unido (núm. 1), Decisión, de 18 de enero de 2011 149
Tuquabo-Tekle y otros c. los Países Bajos, de 1 de diciembre de 2005 96
Tyrer c. Reino Unido, de 25 de abril de 1978 119

U

- Üner c. Los Países Bajos (GS)*, de 18 de octubre de 2006 125, 126

V

- Van der Mussele c. Bélgica*, de 23 de noviembre de 1983 85
Van der Ven c. Los Países Bajos, de 4 de febrero de 2003 119
Varnava y otros c. Turquía (GS), de de 18 de septiembre de 2009 148, 149
Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suiza (n. ° 2) (GS), de 30 de junio de 2009 147, 150
Veriter c. Francia, de 14 de octubre de 2010 147
Vilvarajah y otros c. Reino Unido, de 30 de octubre de 1991 17
Vladimir Romanov c. Rusia, de 24 de julio de 2008 147
Vrontou c. Chipre, de 13 de octubre de 2015 16

W

- W.H. c. Suecia*, de 8 de abril de 2015 20, 151
Women on Waves y otros c. Portugal, de 3 de febrero de 2009 128

X

- X. c. República Federal de Alemania (Pleno)*, de 4 de marzo de 1976 90

Y

Yoh-Ekale Mwanje c. Bélgica, de 20 de diciembre de 2011 32, 42

Y.P. y L.P. c. Francia, de 1 de septiembre de 2010 19, 151

Yuldashev c. Rusia, de 8 de julio de 2010 113

Z

Z. y otros c. Reino Unido (GS), de 10 de mayo de 2001 119

Z y T c. Reino Unido, Decisión, de 28 de febrero de 2006 123, 127

CEDH

Asociación Internacional de Autismo-Europa (AIAE) c. Francia, Reclamación n.º 13/2002 (fondo), de 4 de noviembre de 2003 82

Centro Europeo de Derechos de los Romaníes (ERRC) c. Bulgaria, Reclamación n.º 31/2005 (fondo), 18 de octubre de 2006 61

Centro Europeo de Derechos de los Romaníes (ERRC) c. Francia, Reclamación n.º 51/2008 (fondo), de 19 de octubre de 2009 61, 62, 67, 68

Centro Europeo de Derechos de los Romaníes (ERRC) c. Grecia, Reclamación n.º 15/2003 (fondo), de 8 de diciembre de 2004 68

Centro Europeo de Derechos de los Romaníes (ERRC) c. Italia, Reclamación n.º 27/2004 (fondo), de 7 de diciembre de 2005 68

COHRE c. Italia, Reclamación n.º 58/2009 (fondo), de 25 de junio de 2010 60, 74, 77, 81

Conferencia de Iglesias Europeas (CEC) c. los Países Bajos, de 1 de julio de 2014 58, 75

Defense for Children International (DCI), de 23 de octubre de 2012 57, 58, 64, 66, 75

Federación Europea de Organizaciones Nacionales que Trabajan con Personas sin Hogar (FEANTSA) c. Francia, Reclamación n.º 39/2002 (fondo) de 5 de diciembre de 2007 58, 60, 66, 67, 75

Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) c. Francia, de 3 de noviembre de 2004 74

Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) c. Francia, Reclamación n.º 14/2003 (fondo), de 3 de noviembre de 2004 70

Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) c. Grecia, Reclamación n.º 7/2000 (fondo), de 5 de diciembre de 2000 85

Movimiento Internacional ATD Cuarto Mundo c. Francia 62

Sindicato nacional de profesiones del turismo c. Francia, Reclamación nº 6/1999,
(fondo) de 10 de octubre de 2000 82

Sindicato SUD trabajo y asuntos sociales c. Francia, Reclamación Nº 24/2004,
(fondo) de 16 de noviembre de 2005 83

Tabla de convenciones y otros instrumentos jurídicos

Autoridad	Título	Abreviatura	Fecha de adopción	Referencia	Entrada en vigor	Ratificaciones
Consejo de Europa	Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales	CEDH	4 de noviembre de 1950	STE N.º 5	5 de septiembre de 1953	Todos los Estados miembros del Consejo de Europa
Consejo de Europa	Convenio Europeo de Extradición		13 de diciembre de 1957	STE N.º 24	18 de abril de 1960	Todos los Estados miembros del Consejo de Europa
Consejo de Europa	Código Europeo de Seguridad Social		16 de abril de 1964	STE n.º 48	17 de marzo de 1968	21 Estados miembros del Consejo de Europa: Bélgica, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Montenegro, los Países Bajos, Portugal, Rumanía, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, Turquía y Reino Unido
Consejo de Europa	Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo		27 de junio de 1977	STE n.º 90	4 de agosto de 1988	Todos los Estados miembros del Consejo de Europa excepto Andorra
Consejo de Europa	Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante		24 de noviembre de 1977	STE n.º 93	1 de mayo de 1983	11 Estados miembros del Consejo de Europa: Albania, Francia, Italia, Moldavia, Holanda, Noruega, Portugal, España, Suecia, Turquía y Ucrania

Autoridad	Título	Abreviatura	Fecha de adopción	Referencia	Entrada en vigor	Ratificaciones
Consejo de Europa	Protocolo No. 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales		22 de noviembre de 1984	STE n.º 117	1 de noviembre de 1988	Todos los Estados miembros del Consejo de Europa, excepto Alemania, los Países Bajos, Turquía y Reino Unido
Consejo de Europa	Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes		26 de noviembre de 1987	STE n.º 126	1 de febrero de 1989	Todos los Estados miembros del Consejo de Europa
Consejo de Europa	Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que prevé un Sistema de Reclamaciones Colectivas		9 de noviembre de 1995	STE n.º 158	1 de julio de 1998	13 Estados miembros del Consejo de Europa: Bélgica, Croacia, Chipre, República Checa, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, los Países Bajos, Noruega, Portugal y Suecia
Consejo de Europa	Carta Social Europea (revisada)	CSE (r)	3 de mayo de 1996	STE n.º 163	1 de julio de 1999	34 Estados miembros del Consejo de Europa: Albania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Chipre, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Malta, República de Moldavia, Montenegro, Países Bajos, Noruega, Portugal, Rumanía, Federación de Rusia, Serbia, República de Eslovaquia, Eslovenia, Suecia, «la ex República Yugoslava de Macedonia», Turquía y Ucrania

Autoridad	Título	Abreviatura	Fecha de adopción	Referencia	Entrada en vigor	Ratificaciones
Consejo de Europa	Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos		16 de mayo de 2005	STCE nº. 197	1 de febrero de 2008	Todos los Estados miembros excepto la República Checa y la Federación de Rusia. Más Bielorrusia.
OIT	Convenio sobre el Trabajo Forzoso		28 de junio de 1930	OIT C29	1 de mayo de 1932	178 Estados miembros de la ONU (44 Estados miembros del Consejo de Europa: Albania, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Alemania Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, República de Moldavia, Montenegro, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, Rumanía, Federación de Rusia, San Marino, Serbia, República de Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, «la ex República Yugoslava de Macedonia», Turquía, Ucrania y Reino Unido)
Liga de las Naciones	Convención sobre el Estatuto Internacional de los Refugiados		28 de octubre de 1933	Serie Tratados Vol. CLIX nº. 3663		9 Estados miembros de la ONU (9 Estados miembros del Consejo de Europa: Bélgica, Bulgaria, República Checa, Dinamarca, Irlanda, Italia, Noruega, República de Eslovaquia y Reino Unido)

Autoridad	Título	Abreviatura	Fecha de adopción	Referencia	Entrada en vigor	Ratificaciones
AGNU	Convención sobre el Estatuto de los Refugiados		28 de julio de 1951		22 de abril de 1954	145 Estados miembros de la ONU (44 Estados miembros del Consejo de Europa: Albania, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Mónaco, Montenegro, los Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, Rumanía, Federación de Rusia, Serbia, República de Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, «la ex República Yugoslava de Macedonia», Turquía, Ucrania y Reino Unido)
AGNU	Convención sobre el Estatuto de los Apátridas		28 de septiembre de 1954	ONU, Serie Tratados, Vol. 360, p. 117	6 junio de 1960	88 Estados miembros de la ONU (38 Estados miembros del Consejo de Europa: Albania, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, República Checa, Dinamarca, Francia, Georgia, Alemania, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Montenegro, Países Bajos, Noruega, Portugal, República de Moldavia, Rumanía, Serbia, República de Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, «la ex República Yugoslava de Macedonia», Turquía, Ucrania y Reino Unido)

Autoridad	Título	Abreviatura	Fecha de adopción	Referencia	Entrada en vigor	Ratificaciones
AGNU	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial	CIDR	7 de marzo de 1966	ONU, Serie Tratados, Vol. 660, p. 195	4 enero de 1969	177 Estados miembros de la ONU (incluidos todos los Estados miembros del Consejo de Europa)
AGNU	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	PIDCP	16 Diciembre 1966	ONU, Serie Tratados, Vol. 999, p. 171	23 de marzo de 1976	168 Estados miembros de la ONU (incluidos todos los Estados miembros del Consejo de Europa)
AGNU	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	PIDESC	16 de diciembre 1966	ONU, Serie Tratados, Vol. 993, p. 3	3 enero de 1976	164 Estados miembros de la ONU (incluidos todos los Estados miembros del Consejo de Europa, con la excepción de Andorra)
AGNU	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer	CETFDCM	18 de diciembre de 1979	ONU, Serie Tratados, Vol. 1249, p. 13	3 de septiembre de 1981	189 Estados miembros de la ONU (incluidos todos los Estados miembros del Consejo de Europa)
AGNU	Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes	CCT	10 de diciembre de 1984	ONU, Serie Tratados, Vol. 1465, p. 85	26 de junio de 1987	159 Estados miembros de la ONU (incluidos todos los Estados miembros del Consejo de Europa)
AGNU	Convención sobre los Derechos del Niño	CDN	20 noviembre de 1989	ONU, Serie Tratados, Vol. 1577, p. 3	2 de septiembre de 1990	196 Estados miembros de la ONU (incluidos todos los Estados miembros del Consejo de Europa)

Autoridad	Título	Abreviatura	Fecha de adopción	Referencia	Entrada en vigor	Ratificaciones
AGNU	Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares	CITM	18 de diciembre de 1990	ONU, Serie Tratados, Vol. 2220, p. 3	1 de julio de 2003	48 Estados miembros de la ONU (incluidos 6 Estados miembros del Consejo de Europa: Albania, Azerbaiyán, Bosnia y Herzegovina, Montenegro, Serbia y Turquía)
AGNU	Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional.		15 de noviembre de 2000	ONU, Serie Tratados, Vol. 2241, p. 507	28 de enero de 2004	142 Estados miembros de la ONU (incluidos todos los Estados miembros del Consejo de Europa, a excepción de: Andorra, República Checa, Islandia e Irlanda)

Autoridad	Título	Abreviatura	Fecha de adopción	Referencia	Entrada en vigor	Ratificaciones
AGNU	Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad	CPDP	13 diciembre de 2006	ONU, Serie Tratados, Vol. 2515, p. 3	3 de mayo de 2008	166 Estados miembros de la ONU (incluidos 42 Estados miembros del Consejo de Europa: Albania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Alemania, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, República de Moldova, Montenegro, los Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, Rumanía, Federación de Rusia, San Marino, Serbia, República de Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, «la ex República Yugoslava de Macedonia» Turquía, Ucrania y Reino Unido)
AGNU	Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas	CDF	20 de diciembre de 2006	Doc. A/ RES/61/177	23 de diciembre de 2010	52 Estados miembros de la ONU (incluidos 18 Estados miembros del Consejo de Europa: Albania, Armenia, Austria, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Lituania, Malta, Montenegro, los Países Bajos, Portugal, Serbia, República de Eslovaquia, España y Ucrania)

Este manual, editado por la Dirección General de Derechos Humanos y Estado de Derecho, es una herramienta práctica para los profesionales del derecho de los Estados miembros del Consejo de Europa que deseen consolidar sus competencias en la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su trabajo diario.

¿Está usted interesado en recibir formación en derechos humanos para profesionales del derecho? Visite la página web del Programa Europeo de Educación en Derechos Humanos para los Profesionales del Derecho (HELP por sus siglas en inglés):

www.coe.int/help

Para obtener más información sobre el asilo y el CEDH, visite el curso en línea de HELP:

www.coe.int/fr/web/help/help-training-platform

www.coe.int/nationalimplementation

www.coe.int

El Consejo de Europa es la principal organización del continente que defiende los derechos humanos. Cuenta con 47 Estados miembros, 28 de los cuales son miembros de la Unión Europea. Todos los Estados miembros han suscrito el Convenio Europeo de Derechos Humanos, tratado concebido para proteger los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos supervisa la aplicación del Convenio en los Estados miembros.

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE