

Algunos límites a los derechos de los inmigrantes: detención y expulsión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

Juan Ramón FALLADA GARCÍA-VALLE

Universidad Rovira i Virgili

dretpublic.fpi@urv.cat

RESUMEN.

En este artículo se analiza la tensión entre la universalidad de los derechos humanos y la determinación de su reconocimiento en base a las circunstancias del caso concreto por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencias relacionadas con personas extranjeras. Esa tensión se puede expresar también como la existente entre la función garantista del Estado y el principio de soberanía estatal, entre la legitimidad de la actividad estatal derivada de la existencia de límites inderogables y la legitimidad derivada del procedimiento democrático.

PALABRAS CLAVE. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, derechos humanos, democracia, inmigración, legitimación

ABSTRACT. *In this article is analyzed the tension between the universality of human rights and the determination of its recognition on the grounds of the case's specific circumstances by the European Court of Human Rights in judgements related to international migration. That tension can be expressed too, as the one existing between the State's civil rights guarantor function and the State's sovereignty principle, between the legitimacy of the State's activity derived from the existence of absolute limits and the legitimacy derived from the democratic process.*

KEY WORDS. *European Court of Human Rights, human rights, democracy, immigration, legitimation*

** El presente trabajo se ha efectuado en el marco del proyecto de investigación SEJ2007-63476 sobre “Garantías jurídicas frente a la discriminación racial y étnica: estudio de casos y medidas de protección”, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia.

SUMARIO. 1. Introducción. 1.1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Convención de Roma de 1950 frente a los extranjeros. 1.2. Sujetos implicados en el proceso: el extranjero, la Administración, el poder judicial interno, el TEDH. 2. Jurisprudencia del TEDH 2.1. Sobre la detención 2.2. Sobre la prohibición de entrada. Sobre la extradición, la expulsión y la deportación. 3. Comentarios finales.

1 Introducción

1.1 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Convención de Roma de 1950 frente a los extranjeros

La Convención Europea para la salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, de 1950, firmada en Roma (a partir de ahora, CR) constituyó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (a partir de ahora, TEDH) (art. 19 b) CR) con el objeto de asegurar el cumplimiento de los derechos reconocidos en el texto por parte de los Estados firmantes (a partir de ahora, 'Estados parte'). Consiguientemente, es la CR el texto en el cual debe fundamentar sus decisiones el TEDH, de forma que únicamente está encargado de hacer valer los derechos que en esa Convención sean reconocidos, y no otros. Paralelamente, las partes del proceso también deben fundamentar sus alegaciones al TEDH en referencia a alguno de los derechos recogidos en el articulado de ese mismo texto.

Los Estados parte se suponen Estados, en principio, respetuosos con los derechos humanos. Es más, los derechos humanos son considerados como el fundamento mismo de sus ordenamientos jurídicos, de forma que toda la legislación está teóricamente orientada a la defensa y promoción de los mismos. Se considera, además, que la ley es generalmente respetada por los poderes públicos, los cuáles se someten a ella y la aplican diligentemente con miras a la materialización de un orden político y social más justo. La legitimación misma del poder político se hace depender de la autenticidad de ese respeto a los derechos humanos. Evidentemente, ello no obsta a que no puedan producirse violaciones particulares de los derechos humanos, sino que lo que comúnmente se niega es que tales violaciones sean sistemáticas, voluntarias o planificadas por el Estado.

Pero el respeto a los derechos humanos no es la única fuente de legitimación del poder político. Dos fuentes más de legitimación concurren junto a aquella primera: que la organización institucional del Estado se ajuste a principios democráticos, y que la actuación del Estado resulte eficaz en la realización de los intereses de la ciudadanía. Actualmente, esas tres fuentes de legitimación se comprenden estrechamente interrelacionadas entre sí¹. En la medida en que el Estado se configura como un poder dirigido a la garantía de los derechos individuales, pero ante el peligro de que se convierta en su más dañino transgresor, la efectiva defensa de los derechos humanos depende de que su funcionamiento esté regido por principios democráticos, al suponerse que los individuos velarán por la defensa de sus propios intereses, articulados a través de esos derechos. Igualmente, esa misma organización democrática de las instituciones públicas permite la canalización de las demandas sociales, mediatizadas a través de los representantes políticos de la ciudadanía. Al Estado se le exige, para la garantía de los derechos humanos, ya no sólo que respete y obligue a cualquiera a respetar los derechos de cada persona, sino también que actúe para que la materialización de los derechos humanos sea efectiva. Como consecuencia de ello, la ciudadanía evalúa la acción gubernamental a partir de la eficacia en la realización de las demandas sociales existentes.

Pero la interrelación entre los derechos humanos, los principios democráticos y la intervención estatal no es, en realidad, tan pacífica. El origen de esas tensiones puede explicarse a partir de los distintos fundamentos de cada una de esas fuentes de legitimación. Los derechos humanos se remiten a enunciados normativos cuya validez, en la teoría, no se hace depender de convención alguna. En cambio, la validez de las resoluciones democráticas radica precisamente en su convencionalidad, en tanto que producto de un consenso intersubjetivo. Finalmente, la eficacia en la acción depende de la adecuación de los medios empleados al fin pretendido, adecuación que requiere de un conocimiento de la realidad sobre la que se pretende actuar: en ese sentido, la conducta depende de enunciados descriptivos, es decir, juicios de verdad o falsedad no determinables por convención. Que la decisión política intente adecuarse a las circunstancias para dar solución a los problemas que puedan darse en un momento concreto no es un problema en sí

¹ La idea de la relación de la democracia con los derechos humanos como elemento constitutivo de los valores europeos se recoge, por ejemplo, en Giliberti (2003), quien defiende esa vinculación ante la inclusión de los países del este a la Unión Europea. Ripol (2007: 17-20) y García San José (2001: 65) exponen esa misma conexión como elemento constitutivo del propio TEDH.

mismo. Pero la contradicción entre los derechos humanos y la acción política aparece cuando el alcance de los derechos humanos se ve negativamente afectado, a raíz de una decisión basada en la coyuntura del momento en pos de la eficacia de la intervención estatal. Se harían prevalecer las razones técnicas sobre las razones normativas.

Esos posibles conflictos pueden condensarse en los supuestos siguientes. En primer lugar, cabe que los ciudadanos consideren que el reconocimiento de los derechos humanos, ya sea a otras personas o grupos, o incluso a sí mismos, suponga un perjuicio para sus propios intereses. En consecuencia, la suposición de que los intereses de los individuos siempre coinciden con la defensa universal de los derechos humanos dejaría de ser válida. En segundo lugar, es posible que los representantes políticos interpreten que la sociedad demanda políticas que restrinjan la titularidad o el ejercicio de derechos fundamentales. En tercer lugar, puede darse el caso de que una determinada política gubernamental, restrictiva de derechos humanos, se justifique en base a los supuestos imperativos de necesidad que unas determinadas circunstancias impondrían, para la eficacia en la consecución de determinados objetivos colectivos considerados ineludibles. Aquí ya no importa tanto si la ciudadanía realmente demanda esas políticas, sino si debería demandarlas, o si las demandaría en caso de poseer la información y los conocimientos oportunos. En cuarto lugar y como consecuencia de alguno de los puntos anteriores, podría suceder que decisiones adoptadas conforme a las formalidades que el procedimiento democrático exige, supusieran una mengua o negación de derechos humanos, cuya validez y alcance no se hace depender, teóricamente, de convención alguna, sino que se predica como universal. Actualmente, la rigidez de las constituciones en que se recogen esos derechos fundamentales habría permitido la atenuación de alguno de esos conflictos, especialmente en la relación de los estados con sus nacionales².

Pero todo lo anterior no resulta tan evidente respecto a los extranjeros residentes. Si nos centramos en el terreno de la inmigración y de los derechos de los inmigrantes en Europa, las tensiones de esa relación se intensifican y se ponen aún más de manifiesto. Aunque los derechos individuales surgieron como forma de limitar el poder de actuación estatal, la garantía de esos derechos ha dependido de ese mismo poder estatal. El Estado es quien efectivamente constituye los

2 Ferrajoli (2009)

derechos de las personas. Pues bien, en la determinación de los derechos reconocidos, los Estados parte, al mismo tiempo que reconocen una serie de derechos a las personas por el sólo hecho de serlo, también parten de la distinción básica entre nacionales y extranjeros en lo que a otros tantos derechos concierne³. Así y en la gran mayoría de Estados democráticos, a los extranjeros no se les reconocen derechos políticos. En consecuencia, el aval de armonía derivado del carácter democrático de los poderes públicos no es de aplicación para los extranjeros. Y por consiguiente, las políticas gubernamentales tampoco tienen porqué orientarse hacia la consecución de sus intereses individuales o colectivos. La intervención estatal no va dirigida a ellos y, por lo tanto, no tiene sentido exigirle ulteriormente eficacia al Estado en la defensa y consecución de los intereses de los extranjeros.

Los conflictos que surgen en torno a los derechos humanos entre el Estado y los extranjeros, en tanto que tales, quedan mayormente restringidos a las violaciones producto del choque entre alguno de los derechos individuales reconocidos en la CR con el derecho también reconocido a los Estados de control de la entrada, residencia y salida de éstos. Este trabajo tiene precisamente como objetivo reflexionar acerca de cómo se articulan esas fuentes de legitimación a partir de la interpretación jurisprudencial del TEDH respecto a determinados artículos en que se produce dicho choque.

El artículo 5.1 reconoce el derecho a la libertad y a la seguridad personal. Pero en determinados casos, el Estado está legitimado para interferir en ese derecho y privar de libertad a una persona. El supuesto que resulta relevante para el presente trabajo es el recogido en el artículo 5.1 f), el cuál permite “el arresto o la detención legal de una persona para impedirle la entrada irregular en el territorio o contra la que está en curso un procedimiento de expulsión o extradición”. Respecto al control de entrada, especial importancia adquiere el caso de los solicitantes de asilo, pues normalmente huyen precipitadamente y sin haber realizado los requeridos trámites administrativos. Su derecho a que se substancie su solicitud de asilo por un lado, unido a la ausencia de la documentación necesaria para su entrada legal ha llevado a los Estados a crear centros de detención donde retener, si se considera oportuno, a los solicitantes mientras se resuelve su solicitud. En lo referente al control de salidas, son las detenciones relacionadas con órdenes de expulsión las que

3 Sobre este tema: Acosta (2002), De Lucas (2006), Gimeno (2006: 101-112)

generan los conflictos más destacables y habituales⁴.

El artículo 3 reconoce el derecho de toda persona a no ser torturado ni a sufrir penas o tratamientos degradantes o inhumanos. Los conflictos surgen aquí ante la posible expulsión que un Estado parte puede acordar a un Estado en que pueda producirse una violación de tal derecho; es decir, si bien el Estado parte no sería responsable directo de la violación del artículo 3, sí cabe dirimirla en el caso de expulsiones de una persona a un territorio donde pueda producirse una violación de ese derecho. Determinadas cuestiones relacionadas con la integridad física y psíquica también formarían parte de su contenido, lo que dará lugar a plantear la legitimidad de expulsiones a Estados que carecen de los recursos necesarios para atender debidamente a personas con problemas graves de salud.

El artículo 8 reconoce el derecho a la vida privada y a la vida en familia. Estos derechos están conectados con el surgimiento o no de vínculos estrechos con el Estado parte y la desvinculación con el país de origen. Cuanto mayores sean los vínculos con el Estado y menores los vínculos con el país de origen, mayor es el peso para hacer valer este derecho frente a una posible orden de expulsión, y viceversa. De nuevo, por lo tanto, los derechos reconocidos en este artículo pueden entrar en conflicto con el derecho reconocido a los Estados en su territorio de expulsión de los extranjeros. En la medida en que la integridad física y psíquica también se considere vinculada al derecho a la vida privada, el mismo problema de legitimidad planteado en el artículo 3 es aquí de aplicación.

La interrelación entre derechos humanos, democracia e intervención estatal expuesta más arriba, también puede analizarse desde el punto de vista institucional. El TEDH es un órgano compuesto por especialistas en una determinada materia, los derechos humanos. El atribuido carácter universal de los derechos humanos daría razón de su aceptación como posible objeto de conocimiento. En coherencia, la legitimidad de su autoridad depende de los conocimientos que sus miembros posean en ese área. Y por exclusión, no deriva de ser una institución representativa de la voluntad popular, como sí es el caso de los gobiernos y asambleas parlamentarias de los Estados organizados con

4 Acerca de la expulsión de extranjeros, puede leerse a De Lucas (2009), Chueca (1998), Quesada (1996) o Villaverde (2004).

sistemas de democracia representativa. El choque entre estas distintas legitimidades se produce cuando los órganos representativos consideran que la voluntad popular a la cual representan les demanda políticas, cuya naturaleza o cuya ejecución conlleva violaciones de los derechos humanos de los extranjeros. En este punto, la cuestión clave radica en el grado de discrecionalidad otorgada a los gobiernos por parte del TEDH. La discrecionalidad concedida a los Estados⁵ preserva el ámbito de la decisión política, que en sistemas representativos está avalada por la legitimidad democrática, así como la inevitable dosis de realismo y pragmatismo que toda decisión comporta. Por otro lado, el respeto a los derechos humanos no puede depender ni de un acuerdo intersubjetivo, ni de lo que se consideren las medidas técnicas oportunas para resolver los problemas de una determinada situación. A su vez, si la discrecionalidad se limita en exceso, se corre el peligro de que los jueces se conviertan en legisladores y suplanten al órgano representativo de la voluntad general⁶. En el siguiente apartado paso a situar las partes implicadas dentro del proceso judicial ante el TEDH.

1.2 Sujetos implicados en el proceso: el extranjero, la Administración, el poder judicial interno, el TEDH.

Centrado el objeto del trabajo (el conflicto entre el derecho reconocido a los Estados de control de la entrada, residencia y expulsión de extranjeros y determinados derechos individuales reconocidos en la CR) creo conveniente entrar en algunas consideraciones generales en torno a los sujetos implicados en los procesos ante el TEDH.

El extranjero parte en el proceso, a los efectos de este trabajo, será el inmigrante que pretende entrar en alguno de los Estados parte, o bien a quien se le ha incoado un procedimiento de expulsión o que, de hecho, ya se ha acordado una orden de expulsión en contra suyo⁷. La CR les reconoce una serie de derechos que tienen como objeto que, tanto el procedimiento como el acto administrativo

5 Véase lo comentado más adelante acerca del art. 8.

6 Este debate también es trasladable al ámbito interno de los Estados parte, planteado, por ejemplo, por Rousseau (2002: 20-31) para el conjunto de países europeos, o en Italia por Zagrebelsky (2008), y en el caso español, por Laporta (2001) o Prieto Sanchís (2003: 137-174).

7 Sobre la evolución en la estructura institucional del TEDH y el carácter novedoso de la capacidad de los particulares para presentar demandas ante el mismo, en iguales condiciones que los Estados, puede leerse a Carrillo Salcedo (2001: 127-134).

resolutorio, respeten la legalidad y las debidas garantías, y/o que la denegación de entrada o la orden de expulsión sean conforme a los derechos humanos. Se trata de derechos individuales oponibles frente al Estado.

Como ya se ha expuesto, los Estados parte, y sus respectivas Administraciones en tanto que parte de la estructura orgánica de aquéllos, tienen como fundamento básico de su ordenamiento jurídico el respeto a los derechos humanos. Este es un elemento clave para su legitimación social. Por ello, los Estados parte se limitan en su ejercicio del poder frente a los individuos, reconociéndoles a éstos una serie de derechos que pueden hacer valer de forma efectiva ante los mismos. La firma y ratificación de determinados Convenios sobre derechos humanos, como es la misma CR, se explica, a mi entender y aunque sea parcialmente, desde esta óptica. Por otro lado, el TEDH reconoce como uno de sus principios generales para la interpretación y aplicación de la Convención el derecho de los Estados de control de la entrada, residencia y salida de los extranjeros. La razón de ser de este derecho sería la de impedir que el flujo de personas hacia el territorio nacional pudiera suponer un problema para la consecución del interés general o bien público, esto es, el bien de la sociedad tomada en su conjunto. La convivencia de ambas lógicas, la del respeto a los derechos humanos individuales y la de la consecución del bien público es, en no pocos casos, problemática. En conclusión, la Administración se ve, en el momento de tomar una determinada decisión, obligada a contrapesar ambos enfoques e intereses. El choque posible entre intereses se agudiza, además, en el caso de los extranjeros, por tres motivos: en primer lugar, por la mayor probabilidad de que los intereses y la defensa de los derechos de las personas extranjeras, en contraposición al caso de los nacionales, no converjan con lo que el Estado considere el interés de la comunidad; en segundo lugar, porque, si bien la distinción entre nacional y extranjero justifica el reconocimiento de estatutos desiguales entre esos colectivos, ese trato desigual y normalmente más restrictivo dispensado a los extranjeros no resulta tan justificable desde una visión universalista de los derechos humanos; en tercer lugar, porque incluso en determinados derechos que el Estado reconoce a los extranjeros, éste puede contrapesarlo con determinados derechos estatales, como el mencionado derecho de control de la entrada, residencia y salida de extranjeros, el cual no sería aplicable a los nacionales.

Ni el poder legislativo, ni la Administración, ni tampoco el poder judicial interno son

propriadamente una de las partes ante el TEDH, sino que lo es el Estado, en tanto que sujeto de Derecho Internacional (Casadevall, 2007: 53). Centrando la cuestión en el control de la actividad administrativa, la decisión recurrida consiste en un acto administrativo que, además, ha tenido que agotar todos los posibles recursos internos que el Estado parte haya legalmente establecido para éstos (Carrillo Salcedo, 2001: 57-59; Casadevall, 2007: 77-79). En los países que se estructuran a partir del principio de división de poderes, la potestad para ejercer el control de legalidad de los actos administrativos recae, en último término, en el poder judicial. Ante el posible conflicto antes mencionado, el poder judicial interno se configura como un poder independiente e imparcial, y, por ello, óptimo para garantizar la legalidad de la actuación administrativa y el respeto a los derechos fundamentales de los extranjeros. Tras haber superado los controles de legalidad pertinentes, entonces el acto administrativo es considerado como un acto de soberanía del Estado. De esta forma, se explica que el recurso se interponga contra el Estado mismo, y no ya contra una determinada Administración. En cualquier caso, conviene también destacar que, para fundamentar sus resoluciones, el texto jurídico superior al cual el poder judicial interno debe recurrir es aquel con mayor rango jerárquico dentro del propio ordenamiento jurídico estatal, normalmente la Constitución.

En coherencia con lo anterior, el CR establece que sólo una vez agotadas todas las posibles vías efectivas de recursos internos, entonces se puede interponer recurso admisible a trámite ante el TEDH (art. 26 en relación con el art. 47 CR; Case NA vs. UK, 2008, 88 a 90). Si bien el poder judicial interno de cada Estado debe atender ulteriormente al texto constitucional, el TEDH tiene que basarse en la CR. Esa diferencia en el texto que finalmente debe prevalecer en caso de conflicto entre el ordenamiento jurídico interno y la CR es, a su vez, y en caso de que éste se produzca, causa de fricciones entre la soberanía nacional y el alcance objetivo de la jurisdicción del TEDH (Ripol, 2007), foco de tensión que el Tribunal no puede dejar de tener en cuenta a la hora de dictar las resoluciones⁸.

8 Un ejemplo de esta tensión se halla en el caso de España respecto a la interpretación jurisprudencial del Tribunal Constitucional del derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18 CE y la jurisprudencia del TEDH relativo al derecho a la vida privada y familiar, recogido en el art. 8.1 CR. Sobre este tema puede leerse a Ripol (2007) y Santolaya, P., «El Derecho a la vida privada y familiar: un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad», en García Roca, J.; Santolaya, P. (coords.) *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*. 2ª ed., Madrid, CEPC, 2009.

2.1 Sobre la detención

ART. 5.1 f) “1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law: (f) the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorised entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.”

La detención es una medida extrema que desprovee a la persona de aquello más esencial y que la define, de acuerdo con el fundamento mismo de la teoría de los derechos humanos, es decir, la libertad. En la medida en que se aceptan una serie de situaciones en las que la detención y privación de libertad sí está justificada, se puede deducir que el derecho a la libertad no tiene un carácter absoluto o incondicional. Este es el motivo por el cual libertad y seguridad jurídica están estrechamente vinculados, pues, ante la posibilidad de ser detenido, sólo la seguridad de conocer en qué supuestos puede suceder y cómo se va a desarrollar, permite crear una esfera de libertad sustantiva y eliminar los miedos e incertidumbres ante las posibles interferencias arbitrarias por parte del poder estatal.

La legitimidad estatal para detener a una persona y privarla de su libertad sólo es en principio admisible en los casos de conductas especialmente graves. Es por ello que suele restringirse al ámbito del derecho penal. Pero dentro del ámbito del derecho administrativo se acepta que el Estado pueda servirse de esa medida para el efectivo control del flujo de personas en su territorio. El posible sujeto de esas detenciones es, pues, el extranjero que, o bien intenta entrar en el país, o bien es susceptible de ser deportado o extraditado⁹. Este ámbito es el que aquí se va a analizar.

El Derecho es el medio empleado para garantizar aquella seguridad que va estrechamente ligada

⁹ “31. Article 5 § 1 (f) permits the lawful arrest or detention of a person in two circumstances. The first is arrest or detention to prevent the person effecting an unauthorised entry into the country. The second is the arrest or detention of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.” (Case Saadi vs. UK, 2006)

a la efectividad de la libertad individual. Mediante el mismo, el Estado se limita a publicitar los casos en que se autoriza a interferir y el modo en que ésta debe llevarse a término. Nada debería temer la persona si no lleva a cabo una conducta que se amolde a alguna de esas conductas, y aún en el caso de ser detenido, también conoce cómo se va a desarrollar y qué no le está permitido hacer al Estado mientras la misma persista. La seguridad jurídica es causa de seguridad vital (Arcos, 2000; Pérez Luño, 1994). Es por ésto que la primera condición establecida por el art. 5.1 sea que, sólo cuando esté prescrito por ley y siguiendo los procedimientos legalmente establecidos, el Estado interfiere legítimamente en el derecho a la libertad de una persona.

Como ya se ha avanzado, en el apartado f) se recoge uno de esos supuestos en que la interferencia estatal en la libertad individual estaría jurídicamente fundamentada. El derecho de los Estados al control de la entrada, residencia y salida de extranjeros justificaría tal interferencia (Case Saadi vs. UK, 2006, 40). Para juzgar que la legislación de un Estado parte respeta el principio de legalidad y de seguridad jurídica, el TEDH establece lo que denomina el “requisito de calidad de la ley”, esto es, que la ley establezca de manera suficientemente clara, precisa y con capacidad predictiva los supuestos de autorización de privación de libertad como para que no quepa posibilidad alguna de detenciones arbitrarias¹⁰.

Pero esa limitación es estrictamente formal. Sería preciso que, además, los casos que se establecieran por ley no menoscabaran sustancialmente el derecho a la libertad que se intenta proteger. En consecuencia, la detención se debería limitar a los casos de especial gravedad, tal y como ya se apuntaba. La severidad de la medida exige que, en principio, sea utilizada como último recurso y sólo en aquellos casos en que sea imprescindible. Así lo entiende en TEDH respecto al resto de supuestos recogidos en el artículo 5.1, con excepción precisamente del apartado f). Ni el denominado “test de necesidad”, ni el “principio de proporcionalidad” en su alcance de tener que contrapesar el peso de los intereses en conflicto (el derecho a la libertad de la persona afectada frente al derecho de control de las fronteras del Estado), son requeridos para las detenciones que se produzcan en base al art. 5.1. f) (Saadi vs. UK, 2006, 34).

¹⁰ “127. The Court has previously noted that where deprivation of liberty is concerned, it is particularly important that the general principle of legal certainty be satisfied. The requirement of “quality of law” in relation to Article 5 § 1 implies that where a national law authorises a deprivation of liberty it must be sufficiently assessable, precise and foreseeable in application, in order to avoid all risk of arbitrariness” (Case Ryabikin vs. Russia, 2008).

En estricta lectura del artículo, el TEDH sólo exige que la detención tenga como finalidad prevenir la entrada irregular de inmigrantes y/o que se realice con miras a la deportación o extradición. Respecto al primer supuesto, el del control de la entrada irregular de inmigrantes, lo primero que se debe aclarar es cuándo un inmigrante se encuentra en situación irregular. El TEDH, en aplicación de los principios de interpretación del Convenio de Viena de 1969, sobre el Derecho de Tratados (Case Saadi, vs. UK, 2008, 62), concluye que por “inmigrante no autorizado a entrar” se debe entender todo aquel que no ha sido autorizado a entrar por el Estado y hasta el momento en que éste no le autorice (Case Saadi vs. UK, 2008, 65). Esta definición que, en principio, puede parecer redundante no lo es, si se tiene en cuenta que la jurisprudencia del Comité de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos aplica la regla de que está legalmente dentro del territorio una persona que haya presentado diligentemente una solicitud de asilo (Case Saadi vs. UK, 2008, 32 y 54). Mientras el Comité distingue entre inmigrante y solicitante de asilo, el TEDH no acepta esa distinción.

Es momento de abordar el segundo supuesto, esto es, que se realice con miras a la deportación o extradición. Toda detención bajo el auspicio del artículo 5.1 f), también las que buscan controlar la entrada, debe cumplir con este requisito. Ésta es la principal limitación, una vez eliminada la posibilidad de aplicar el “test de necesidad” y no aplicado en toda su extensión el “principio de proporcionalidad”, que se impone al Estado en este supuesto concreto. “Con miras a la deportación o extradición” significa, para el TEDH, que la detención no puede prolongarse más allá de lo necesario para que la Administración concluya, con la debida diligencia, el procedimiento en curso¹¹.

Se debe hacer notar que cuando el TEDH establece que la detención no puede prolongarse más

11 “72. Similarly, where a person has been detained under Article 5 § 1(f), the Grand Chamber, interpreting the second limb of this sub-paragraph, held that, as long as a person was being detained “with a view to deportation”, that is, as long as “action [was] being taken with a view to deportation”, there was no requirement that the detention be reasonably considered necessary, for example to prevent the person concerned from committing an offence or fleeing (Chahal, cited above, § 112). The Grand Chamber further held in Chahal that the principle of proportionality applied to detention under Article 5 § 1(f) only to the extent that the detention should not continue for an unreasonable length of time; thus, it held (§ 113) that “any deprivation of liberty under Article 5 § 1(f) will be justified only for as long as deportation proceedings are in progress. If such proceedings are not prosecuted with due diligence, the detention will cease to be permissible...” (Case Saadi vs. UK, 2008, 72). Ver también: Saadi vs. UK, 2006, 33; Ryabikin vs. Russia, 2008, 131.

allá del tiempo necesario para que una Administración eficiente concluya el procedimiento en curso, éste no está fijando plazo máximo definido alguno; y ello pese a tratarse de una medida de carácter administrativo. El mismo TEDH se da cuenta de los peligros que esta indeterminación puede conllevar, de forma que para contrarrestar los posibles abusos, impone otra limitación a la actuación estatal, el principio de “buena fe”. Según este principio, debe calificarse de arbitraria aquella detención en que, pese a cumplir con la letra de la legislación nacional, ha habido un elemento de mala fe o engaño por parte de la Administración (Case Saadi vs UK, 2006, 44 y 45; Saadi vs. UK, 2008, 69). La última condición que añade para admitir una detención de carácter administrativo es que las circunstancias de la detención sean acordes con la naturaleza de la misma, en otras palabras, que las condiciones de las instalaciones y las normas que rigen el centro no sean las de una prisión, ni sean tratados como presos convictos¹².

En resumen, el TEDH mismo es consciente de la mayor y amplia discrecionalidad que, para el supuesto del art. 5.1 f), está reconociéndole a los Estados parte. No sólo no exige la necesidad de la detención, ni tampoco que el Estado haya sopesado el perjuicio ocasionado a la persona por la privación de su libertad frente a su derecho de control de las fronteras, sino que permite que la detención pueda alargarse indefinidamente hasta que la administración resuelva el expediente, siempre con respeto al principio de buena fe (Case Saadi vs. UK, 2006, 44). El objetivo de los Estados parte de asegurar la eficacia en materia de control de fronteras no es entorpecido por el TEDH. Pero este Tribunal va más lejos, pues no es que sencillamente encuentre que no se ha interferido ilegítimamente en el derecho a la libertad de los inmigrantes, sino que incluso afirma que esas detenciones juegan en favor del propio detenido y de otros solicitantes. Se aduce que las detenciones agilizan los trámites y permiten una mayor rapidez, eficiencia y eficacia de la Administración en la resolución de las solicitudes, lo cual redundaría en un beneficio para los solicitantes mismos, y que incluso son causa de una reducción del volumen global de detenciones.

12 “69. One general principle established in the case-law is that detention will be “arbitrary” where, despite complying with the letter of national law, there has been an element of bad faith or deception on the part of the authorities (see, for example, *Bozano v. France*, judgment of 18 December 1986, Series A no. 111; *Čonka v. Belgium*, no. 51564/99, ECHR 2002-I). The condition that there be no arbitrariness further demands that both the order to detain and the execution of the detention must genuinely conform with the purpose of the restrictions permitted by the relevant sub-paragraph of Article 5 § 1 (*Winterwerp*, cited above, § 39; *Bouamar v. Belgium*, judgment of 29 February 1988, Series A no. 129, § 50; *O’Hara v. the United Kingdom*, no. 37555/97, § 34, ECHR 2001-X). There must in addition be some relationship between the ground of permitted deprivation of liberty relied on and the place and conditions of detention.” (Case Saadi vs. UK, 2008, 69)

Ya no se trata de que no se exija el “test de necesidad” para la detención, sino que más bien parece defender lo que se podría llamar el “principio de conveniencia” de la detención. Los intereses de ambas partes coincidirían.

“77. In these circumstances, the Court finds that the national authorities acted in good faith in detaining the applicant. Indeed the policy behind the creation of the Oakington regime was generally to benefit asylum seekers; as Lord Slynn put it, “getting a speedy decision is in the interests not only of the applicants but of those increasingly in the queue” (see paragraph 18 above). Moreover, since the purpose of the deprivation of liberty was to enable the authorities quickly and efficiently to determine the applicant's claim to asylum, his detention was closely connected to the purpose of preventing unauthorised entry.” (Case Saadi vs. UK, 2008, 77)

Pese a que el Tribunal parece haber encontrado una solución que convendría a todas las partes, matiza esa apreciación al contextualizarla dentro de unas determinadas circunstancias. De hecho, con esa matización empieza el párrafo citado (“in these circumstances, ...”). Las circunstancias a las que se refiere son las del incremento significativo en el número de solicitudes de asilo que el Reino Unido sufría por aquel entonces.

“80. In conclusion, therefore, the Court finds that, given the difficult administrative problems with which the United Kingdom was confronted during the period in question, with an escalating flow of huge numbers of asylum-seekers (and see also Amuur, cited above, § 41), it was not incompatible with Article 5 § 1(f) of the Convention to detain the applicant for seven days in suitable conditions to enable his claim to asylum to be processed speedily. Moreover, regard must be had to the fact that the provision of a more efficient system of determining large numbers of asylum claims rendered unnecessary recourse to a broader and more extensive use of detention powers.” (Case Saadi vs. UK, 2008)

2.2 Sobre la prohibición de entrada. Sobre la extradición, la expulsión y la deportación

ART. 3. “No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.”

El derecho a no ser sometido a torturas o penas o tratamientos degradantes o inhumanos es un derecho reconocido a toda persona, sin distinción alguna y por el mero hecho de pertenecer a tal condición. En consecuencia, la protección que ofrece este artículo es universal e incondicional (Casadevall 2007: 188; Salado, 2009¹³). Universal porque alcanza a toda persona, e incondicional, porque su reconocimiento y respeto no puede condicionarse a distinción alguna¹⁴.

La implicación fundamental de que este derecho se caracterice por esas notas para los Estados parte respecto a los extranjeros es la de su obligación de no extraditar, expulsar o deportar personas a terceros países en donde puedan sufrir tortura o un trato degradante o inhumano. De esta forma, el derecho de toda persona, incluido por tanto los no nacionales, reconocido en este artículo se traduce en una limitación no condicionable en base al reconocido derecho de los Estados a controlar la entrada, residencia y expulsión de los extranjeros. En conclusión, un Estado parte está obligado a no llevar a cabo la extradición, expulsión o deportación de una persona, sin que ninguna circunstancia, razón o necesidad pueda eximirle, si ésta corre el peligro real de ser torturada o recibir un trato inhumano o degradante en aquel país.

Pero los elementos que deben concurrir para calificar una situación concreta como dentro del alcance protector del artículo 3 también resultan bastante restrictivos. Con todo, es de destacar que el propio TEDH establece que tal alcance es mayor que el configurado por la condición de

13 El trabajo a que se hace referencia es «La tortura y otros tratos prohibidos por el Convenio (art.3 CEDH)» en García Roca, J.; Santolaya, P. (coords.) *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*. 2ª ed., Madrid, CEPC, 2009.

14 “47. It is precisely for this reason that the Court has repeatedly stressed in its line of authorities involving extradition, expulsion or deportation of individuals to third countries that article 3 prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment and that its guarantees apply irrespective of the reprehensible nature of the conduct of the person in question” (Case D vs. UK, 1997). Ver también: Bensaid vs. UK, 2001, 32.

refugiado, recogida en la Convención de 1951, si bien por otro lado, también los derechos que el reconocimiento del status de refugiado otorga son mayores. La lógica que subyace sería, entonces, la siguiente: cuanto menor es la posibilidad de discrecionalidad por parte del Estado porque el derecho se considera especialmente vinculado a la dignidad humana y mayores son las obligaciones que el Estado debe asumir, más severos y restrictivos son los requisitos exigidos para considerar que ese derecho ha sido violado. Así ocurre entre el reconocimiento del estatuto de refugiado y el derecho reconocido en el artículo 3 CR, pero también y como se verá más adelante, entre el artículo 3 CR, el 8 CR y las denominadas 'razones humanitarias', en orden de mayor a menor vinculación a la dignidad humana. De momento, me centraré en el estudio de la relación entre el estatuto de los refugiados y el art. 3 CR.

“118. However, it has already found on several occasions that the protection afforded by Article 3 is wider than that provided by Article 33 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees.” (Case Ryabikin vs. Russia, 2008)

“Wider”, o “más amplio” significa aquí que la CR incluye un mayor número de supuestos posibles. No deben confundirse, pues, el ámbito de protección del artículo 3 con la situación y el status del solicitante de asilo o refugiado recogidos en la Convención de 1951. Es más, la CR no incluye el derecho de asilo político como tal, pero ello no limita su alcance, al revés, pues no impone los requisitos propios para el reconocimiento de ese caso tan específico y especialmente protegido. Según el art. 1.2 de la convención de 1951 en conjunción con el Protocolo de 1966, “refugiado” es aquel que cumple con las condiciones siguientes: 1) que exista un peligro real de ser perseguido; 2) por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas; 3) que se encuentre fuera del país de su nacionalidad; 4) y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país, o que careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él. En cambio, si se compara con las condiciones para considerar violado el derecho recogido en el artículo 3 CR, cabe hacer notar las siguientes consideraciones: 1) sí debe existir un peligro real, pero no necesariamente de ser perseguido, sino de sufrir tortura o pena o tratamiento degradante o inhumano; 2) como no tiene porqué haber un peligro real de persecución, tampoco tiene porqué concurrir alguno de los motivos expuestos; 3) y

no se requiere que el Estado receptor u organización que controle un determinado territorio conduzca activamente o permita actos de tortura o penas o tratamiento degradante e inhumano, sino que su sola incapacidad para evitar alguna de esas situaciones es suficiente¹⁵.

Conviene ahora detenerse un poco más en la primera y la tercera de las consideraciones realizadas. La evaluación de la existencia de un peligro real de ser torturado o recibir una pena o tratamiento degradante o inhumano para una persona en el país de retorno, se vuelve clave. La primera aclaración necesaria a este respecto pasa por distinguir entre el contexto general del país y las circunstancias del caso concreto dentro de ese contexto general. Como regla genérica, el TEDH considera que no es suficiente probar la existencia de un contexto general de peligro real, sino que exige además que la persona pruebe la existencia de tal peligro en su caso particular. Sólo en casos excepcionales, la mera existencia de un contexto general de violaciones del artículo 3 puede derivar en el reconocimiento de una violación del artículo 3 en caso de extradición, expulsión o deportación¹⁶.

Una vez se ha establecido qué se debe probar, es oportuno entrar a examinar cómo se puede probar, qué pruebas se consideran válidas. Las extraordinarias dificultades para poder aportar

15 “109. In the first instance, Contracting States have the right as a matter of international law and subject to their treaty obligations, including the Convention to control the entry, residence and expulsion of aliens (*Üner v. the Netherlands [GC]*, no. 46410/99, § 54, ECHR 2006...; *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, judgment of 28 May 1985, Series A no. 94, p. 34, § 67, *Boujlifa v. France*, judgment of 21 October 1997, Reports 1997 VI, p. 2264, § 42). The right to political asylum is also not contained in either the Convention or its Protocols (*Sheekh*, cited above, § 135, further authorities). However, expulsion by a Contracting State may give rise to an issue under Article 3, and hence engage the responsibility of that State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if deported, faces a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3. In such a case, Article 3 implies an obligation not to deport the person in question to that country.” (Case NA vs. UK, 2008)

16 “117. However, as the Court has noted in previous cases, the findings above attest to the general situation in the country of destination. They should be supported by specific allegations and require collaboration by other evidence (see *Mamatkulov and Askarov*, cited above, § 73).” (Case Ryabikin vs. Russia, 2008). “115. From the foregoing survey of its case-law, it follows that the Court has never excluded the possibility that a general situation of violence in a country of destination will be of a sufficient level of intensity as to entail that any removal to it would necessarily breach Article 3 of the Convention. Nevertheless, the Court would adopt such an approach only in the most extreme cases of general violence, where there was a real risk of ill-treatment simply by virtue of an individual being exposed to such violence on return. 116. Exceptionally, however, in cases where an applicant alleges that he or she is a member of a group systematically exposed to a practice of ill-treatment, the Court has considered that the protection of Article 3 of the Convention enters into play when the applicant establishes that there are serious reasons to believe in the existence of the practice in question and his or her membership of the group concerned (see *Saadi v. Italy*, cited above, § 132). In those circumstances, the Court will not then insist that the applicant show the existence of further special distinguishing features if to do so would render illusory the protection offered by Article 3.” (Case NA vs. UK, 2008)

pruebas, debido a que el objeto de las mismas consiste en un tercer país que probablemente se halla en una situación caótica y que está poco predispuesto a la colaboración, hacen que estos procesos adquieran características propias. Son piezas clave de prueba: respecto al contexto general, los informes de organismos estatales, internacionales o no gubernamentales considerados fiables e imparciales; respecto al caso particular, la credibilidad que se otorgue al relato de la persona. Respecto a los informes aportados, puede suceder que los Estados aporten informes de organismos propios, de forma que se pueda poner en duda su imparcialidad, especialmente cuando no coinciden con los de otras instituciones. Esta cuestión tiene su relevancia, pues la incondicionalidad del derecho que reducía la discrecionalidad del Estado, se podría ver disuelta a través de la discrecionalidad, sino arbitrariedad, concedida al Estado para determinar la gravedad real de la situación en el país de destino. En lo que se refiere al enjuiciamiento por parte de los Tribunales internos, el TEDH no se considera competente para juzgar su evaluación. Por consiguiente, es conforme al CR que los Tribunales internos acepten los informes gubernamentales del propio Estado, si así lo creyeran oportuno. La preocupación del TEDH se restringe a considerar si tal evaluación se ha realizado a la hora de sentenciar, y si se ha podido ejercer una tutela judicial efectiva por parte de los Tribunales nacionales sobre la decisión del Gobierno¹⁷. En lo que se refiere al propio TEDH, éste no cuestiona a priori la credibilidad de los informes elaborados por el propio Estado, si bien puede que coteje el contenido del mismo con otras posibles fuentes de información sobre el mismo tema publicadas por ese mismo Estado. En caso de contradicciones, la credibilidad del informe sí es puesta en entredicho (por ejemplo, en *NA vs. UK*, 2008, 135). También puede suceder que los informes aportados por las partes resulten contradictorios entre sí. En este caso, el TEDH establece que se debe dar más peso a aquellos informes que ambas partes aceptan y/o cuyo objeto de análisis sea lo más próximo al contenido del artículo 3, frente a otros más generales (*NA vs. UK*, 2008, 122).

17 El análisis del art. 13 CR se ha dejado fuera del objeto de estudio de este trabajo. Sólo quisiera hacer el siguiente breve comentario. El TEDH se sirve del denominado “test de independencia” para comprobar si se ha vulnerado el derecho de tutela judicial efectiva por parte de los Tribunales de un Estado parte. Conforme a éste, si bien se exige que los Tribunales puedan entrar a juzgar la sustancia de las decisiones administrativas, admite que ese requisito no resulte la práctica habitual. Así, el TEDH acepta como válido el criterio seguido por los Tribunales británicos y que viene a resumirse como sigue: los Tribunales británicos en ningún caso pueden entrar a juzgar los hechos aportados por la Administración dentro de su jurisdicción o la decisión adoptada por ésta, excepto si su decisión ha sido contraria a la ley, o si la ley exige haber tenido en cuenta determinadas cuestiones en la toma de decisión y la Administración lo ha incumplido, o bien si la decisión fuera tal que ningún Secretario de Estado razonable pudiera haberla tomado. La existencia de esas excepciones a la regla general es razón suficiente para superar las exigencias del “test de independencia”. Ver *D. vs. UK*, 1997, 70; y, especialmente, *Bensaid vs. UK*, 2001, 27 en conexión con 56.

Respecto a sobre quién recae la carga de la prueba, en un primer momento, ésta recae sobre la persona que pretende hacer valer su derecho frente a la posible expulsión. Si muestra la credibilidad de la existencia de un peligro real contra su persona en caso de retorno, dadas las circunstancias generales y particulares de su caso, entonces, la carga de la prueba se traslada al Estado que, a partir de ese momento, es quien debe despejar las dudas y probar la inexistencia de ese peligro en caso de retorno¹⁸.

Además de las pruebas aportadas por las partes, el TEDH también se concede la capacidad para obtener las pruebas que considere oportunas por cuenta propia, si así lo considerara oportuno (Case NA vs. UK, 2008, 119).

Paso a comentar ya la tercera de las consideraciones hechas¹⁹. Puede ser que la persona corra un peligro real como consecuencia de ser perseguido, cayendo dentro del ámbito tanto de la Convención de 1951, como de la CR. En ese caso, el perseguidor debe ser o bien el propio Estado del cual la persona es nacional, o bien una organización que controla parte del territorio nacional y el Estado no puede impedir la persecución, y para el caso de los apátridas, lo mismo pero respecto del Estado donde tuviera ubicada su residencia habitual. Pero si bien esas condiciones son requisitos necesarios (aunque no suficientes) para poseer el status de refugiado y que el Estado esté obligado a su no devolución, no lo son para el caso del artículo 3 CR. Es decir, la expulsión de un Estado parte de una persona a un Estado donde se torture o se pene o dé un trato inhumano o degradante puede, entonces, suponer una violación de este artículo, a pesar de que ese tercer Estado no sea quien actúe directamente, ni tenga la voluntad de que se realicen los actos punibles, sino que sencillamente sea incapaz de evitarlos. En tal caso, los Estados parte no están eximidos de sus obligaciones. Esta

18 “112. In order to determine whether there is a risk of ill-treatment, the Court must examine the foreseeable consequences of sending the applicant to the receiving country, bearing in mind the general situation there and his personal circumstances (see *Vilvarajah and Others*, cited above, § 108 in fine). It is in principle for the applicant to adduce evidence capable of proving that there are substantial grounds for believing that, if the measure complained of were to be implemented, he would be exposed to a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 (see *N. v. Finland*, no. 38885/02, § 167, 26 July 2005). Where such evidence is adduced, it is for the Government to dispel any doubts about it.” (Case *Ryabikin vs. Russia*, 2008). Ver también: *NA vs. UK*, 2008, 111.

19 El no requerimiento de que el Estado receptor u organización que controle un determinado territorio sea quien conduzca activamente o permita actos de tortura o penas o tratamiento degradante e inhumano, sino que su sola incapacidad para evitar alguna de esas situaciones es suficiente para que la expulsión a ese Estado suponga una violación del artículo 3).

distinción tiene (o podría llegar a tener) importantes consecuencias. La incapacidad de un tercer Estado para impedir la contravención del artículo 3 CR, cuando tiene la voluntad, se traduce entonces en una cuestión de recursos.

El posible alcance de este debate se pone de manifiesto con los casos que caen (o podrían caer) dentro de este supuesto debido a enfermedades graves, tanto físicas como psíquicas. Aplicado a este ámbito, el TEDH está estableciendo como criterio interpretativo que, cuando una persona no posee suficientes recursos propios, y no puede recurrir a nadie en su país de origen para recibir los cuidados oportunos, y el Estado no puede tampoco atenderle adecuadamente, entonces cabe la posibilidad de que el Estado parte no pueda expulsarlo y, además, deba hacerse cargo y asumir los costes para evitar efectivamente que el padecimiento de esa enfermedad suponga una forma de tratamiento degradante e inhumano. Se genera en el Estado no sólo una obligación negativa de no expulsar, sino también una obligación positiva de asistencia para impedir en su territorio un tratamiento degradante e inhumano. Además y al ser un derecho incondicional, el Estado no puede aducir en contra razones de bien público, como sería el deterioro de la economía nacional al tener que asumir esos costes. Con el objeto de delimitar los supuestos en que se produciría una contravención en caso de expulsión del artículo 3 CR, así como los elevados costes para los Estados parte que supondría criterios poco restrictivos, el TEDH exigió en el caso *D. vs. UK* (2008, 52-53) que la gravedad de la enfermedad fuera extrema y terminal²⁰, y que el deterioro y aumento del sufrimiento que el enfermo tendría en caso de retornar a su país fuera significativo e inaceptable en términos de respeto a la dignidad humana (*Case Bensaid vs UK*, 2001; *D. vs. UK*, 1997, 49)²¹.

Con todo, las circunstancias que el caso ha de reunir han de ser de tal gravedad que el TEDH no ha vuelto a reconocer más violaciones del art. 3 por este motivo, si bien se reserva la posibilidad de volver a aplicarlo (*Case N vs. UK*, 2008, 34-43)²². Además y pese al carácter pretendidamente incondicional del derecho protegido, Cabe añadir que el razonamiento aducido resulta incoherente

20 Parece excluir las enfermedades de larga duración, por graves que sean. Comparar con *Case Bensaid vs. UK*, 2001, 36 a 40.

21 Chueca (1998: 55-56) añade que el elemento clave sería que el enfermo no esté en condiciones de viajar.

22 Salado, A. «La tortura y otros tratos prohibidos por el Convenio (art.3 CEDH)» en García Roca, J.; Santolaya, P. (coords.) *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*. 2ª ed., Madrid, CEPC, 2009, pág. 140.

con el carácter pretendidamente incondicional del derecho protegido, pues el TEDH acaba por considerar oportuno tener en cuenta la carga que podría suponer para el Estado la permanencia en su territorio del enfermo²³.

ART. 8. “1. Everyone has the right to respect for his private and family life 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

En el primer punto del artículo se reconoce el derecho de toda persona a la privacidad, así como el derecho a la vida en familia. El objeto común de ambos derechos y, por lo tanto, del artículo 8 CR es el de proteger a los individuos frente a la posible arbitrariedad de las actuaciones de los poderes públicos mediante la creación de un ámbito privado en el cual al Estado no sólo se le prohíbe interferir (obligación negativa), a no ser bajo causa justificada de interés general, sino cuyo desarrollo debe activamente promover (obligación positiva). Pero el elemento clave para entender la configuración de este artículo es que no se trata de un derecho incondicional que genera obligaciones incondicionales a los Estados parte, sino que esos derechos deben contraponerse con una serie de intereses legítimos del Estado que persiguen la consecución del bien público o interés general.

En lo que respecta a los inmigrantes extranjeros, estos derechos reconocidos en el art. 8 CR se materializan, en primer lugar, en el debido respeto por parte del Estado a la integridad física y moral

23 «44. Although many of the rights it contains have implications of a social or economic nature, the Convention is essentially directed at the protection of civil and political rights (*Airey v. Ireland*, judgment of 9 October 1979, Series A no. 32, § 26). Furthermore, inherent in the whole of the Convention is a search for a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights (see *Soering v. the United Kingdom*, judgment of 7 July 1989, Series A no. 161, § 89). Advances in medical science, together with social and economic differences between countries, entail that the level of treatment available in the Contracting State and the country of origin may vary considerably. While it is necessary, given the fundamental importance of Article 3 in the Convention system, for the Court to retain a degree of flexibility to prevent expulsion in very exceptional cases, Article 3 does not place an obligation on the Contracting State to alleviate such disparities through the provision of free and unlimited health care to all aliens without a right to stay within its jurisdiction. A finding to the contrary would place too great a burden on the Contracting States.» (Case N vs. UK, 2008)

de las personas y, en segundo lugar, en el respeto que el Estado debe mostrar hacia los vínculos afectivos, profesionales, sociales y, muy concretamente, familiares que la persona pueda tener, de manera especial en el Estado parte, en tanto que elementos esenciales de su persona y de su desarrollo y proyección vital. Ese respeto doble impone al Estado parte la obligación de no expulsar a un inmigrante arbitrariamente. Por otro lado, hay que insistir en que no se debe extraer la precipitada conclusión de que ese deber de respeto sea ilimitado. Hay interferencias que sí son tenidas por legítimas.

Tales derechos generan, pues, obligaciones en los Estados parte, si bien quedan exentos en el caso de que concurra alguno de los supuestos recogidos en el punto 2: que se atente contra la seguridad nacional, la salud pública o el bienestar económico del país, o para prevenir la alteración del orden público o la comisión de crímenes, o para proteger la salud y la moral, o los derechos y libertades de terceros. No se trata, por lo tanto, de un derecho incondicional de las personas frente al Estado, sino que requiere ser delimitado en su alcance, sopesando el perjuicio que se podría ocasionar al derecho individual (alguno de los recogidos en el punto 1) por un lado, con los intereses considerados legítimos de los Estados en el otro (los recogidos en el punto 2). Con todo, el Estado sólo queda exento de sus obligaciones en base a la persecución de alguno de esos intereses, si cumple con dos condiciones: la primera, que exista una legislación que desarrolle cada uno de esos supuestos del punto 2, de forma que no quepa la arbitrariedad estatal y el Estado actúe sometido al imperio de la ley; y la segunda, que esas leyes aprobadas para la defensa de los intereses del Estado sean respetuosas con los valores de una sociedad democrática o “necesaria en una sociedad democrática”, cuya interpretación de su significado es aclarada en el siguiente párrafo:

“54. However, their decisions in this field must, in so far as they may interfere with a right protected under paragraph 1 of Article 8, be in accordance with the law and necessary in a democratic society, that is to say justified by a pressing social need and, in particular, proportionate to the legitimate aim pursued.” (Case Üner vs. Netherlands, 2006)

Tal y como se ha comentado ya al inicio del trabajo, esos intereses del Estado son considerados

legítimos porque se consideran como los ejes esenciales en los que se concreta el bien público. Al no tratarse de un derecho incondicional, tanto primeramente el Estado cuando resuelve un determinado caso, como en segundo lugar el TEDH, en el supuesto que llegase a esa instancia, deben contrapesar, por un lado, si los actos enjuiciados caen dentro del ámbito de protección del artículo con, por otro lado, los legítimos intereses del Estado que le eximirían de sus obligaciones²⁴. Si las características del caso no lo califican para poder ser incluido dentro del ámbito de protección del art. 8 CR, entonces no hay sencillamente interferencia; en el caso de que sí lo califiquen, entonces cabe la posibilidad de que la interferencia pueda resultar legítima o ilegítima. Es decir, no se trata de que el caso no caiga dentro de la definición del derecho, sino que, aún y siendo así, el Estado puede que esté igualmente legitimado para interferir en esa esfera²⁵. Respecto a la discrecionalidad de los Estados para delimitar la línea entre las interferencias legítimas y las arbitrarias, el TEDH les concede un cierto margen de discrecionalidad en sus apreciaciones. A efectos prácticos, esto significa que, en caso de no notoria prevalencia de los intereses de una de las partes, la posición del Estado se antepone a la del individuo²⁶.

Una vez establecidas las líneas generales, se pasa ahora a estudiar cada uno de los derechos separadamente en sus particularidades. En lo que respecta al derecho de privacidad, el concepto de “vida privada” es concebido por el TEDH como un concepto ambiguo que no puede ser objeto de una definición precisa. Con todo, tal derecho pretendería proteger el derecho a la identidad y desarrollo personal, de forma que incluiría elementos como la identidad de género, sexual o del nombre, o la orientación o vida sexual, o la integridad física y la salud mental en la medida que son precondiciones de la posibilidad de gozar de una personalidad, o la identidad social, que incluiría la libre elección y desarrollo de relaciones sociales, de manera que los vínculos sociales y afectivos

24 Algunos ejemplos serían: Konstantinov vs. Netherlands, 2008, 53; Maslov vs. Austria, 2008, 100.

25 Conviene recordar que también en el artículo 5.1 f) sucedía lo mismo.

26 “46. The Court reiterates that the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary action by the public authorities. There may in addition be positive obligations inherent in effective “respect” for family life. However, the boundaries between the State’s positive and negative obligations under this provision do not lend themselves to precise definition. The applicable principles are, nonetheless, similar. In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation.” (Case Konstantinov vs. Netherlands, 2008). Por ejemplo: Omoregie vs. Norway, 2008, 68; Maslov vs. Austria, 2008, 76.

también forman parte de la vida privada²⁷.

Los supuestos específicos de integridad física y mental deben conectarse con lo comentado en torno al artículo 3. Si el alcance protector del artículo 3 en estos casos quedaba finalmente muy reducido²⁸, ahora este alcance se ve ampliado, aunque también condicionado. De nuevo, la obligaciones que se derivan del derecho a la privacidad en relación a los casos de salud física y mental es el de la obligación negativa de no expulsión de extranjeros a sus países de origen, así como la obligación positiva de asistencia para impedir que se conculque su derecho. Consiguientemente, tanto el artículo 3 como el 8 suponen una protección para los extranjeros contra la potestad estatal de expulsión del territorio. Pero cada uno ofrece grados distintos de condicionalidad y de restricción en su definición. A menor posibilidad de condicionalidad por parte de los Estados y, por tanto, mayor protección frente a éste, más restrictiva es la definición; y viceversa. Como es evidente, la mayor o menor restricción en la definición determina, a su vez, la mayor o menor amplitud del alcance posible de aplicación del artículo; cuanto más restrictivo se sea en la definición, menor será el ámbito posible de aplicación (menos casos pueden entrar dentro de la definición establecida)²⁹.

“46. Not every act or measure which adversely affects moral or physical integrity will interfere with the right to respect to private life guaranteed by Article 8. However, the Court's case-law does not exclude that treatment which does not reach the severity of

27 “47. “Private life” is a broad term not susceptible to exhaustive definition. The Court has already held that elements such as gender identification, name and sexual orientation and sexual life are important elements of the personal sphere protected by Article 8 (see, for example, *Dudgeon v. the United Kingdom*, judgment of 22 October 1981, Series A no. 45, pp. 18-19, § 41; *B. v. France*, judgment of 25 March 1992, Series A no. 232-C, pp. 53-54, § 63; *Burghartz v. Switzerland*, judgment of 22 February 1994, Series A no. 280-B, p. 28, § 24; and *Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom*, judgment of 19 February 1997, Reports 1997-I, p. 131, § 36). Mental health must also be regarded as a crucial part of private life associated with the aspect of moral integrity. Article 8 protects a right to identity and personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world (see, for example, *Burghartz*, cited above, opinion of the Commission, p. 37, § 47, and *Friedl v. Austria*, judgment of 31 January 1995, Series A no. 305-B, p. 20, § 45). The preservation of mental stability is in that context an indispensable precondition to effective enjoyment of the right to respect for private life.” (Case *Bensaid vs. UK*, 2001). Ver también: *D. vs. UK*, 1997, 61; *Maslov*, 2008, 63.

28 Ver páginas 15 y 16.

29 Vale la pena mencionar que, como tercera posible vía para conseguir el permiso para permanecer en el territorio y allí donde no alcanza la protección otorgada por la CR, se encuentran las denominadas “razones humanitarias”. En este supuesto, el Estado no está obligado por la CR, de manera que goza de absoluta discrecionalidad para determinar su concurrencia y para otorgar o retirar los beneficios de su reconocimiento. Un ejemplo de criterio estatal de razón humanitaria para no expulsar a una persona viene reflejado en *D. vs. UK*, 1997, 44.

Article 3 treatment may nonetheless breach Article 8 in its private-life aspect where there are sufficiently adverse effects on physical and moral integrity.” (Case Bensaid vs. UK, 2001)

Pero la mayor amplitud de casos abarcados dentro del art. 8 respecto al art. 3, se puede ver dramáticamente reducida de hecho. Hay que recordar que, aún si un determinado caso cae dentro del ámbito del art. 8, no significa que determinadas posibles interferencias del Estado no sean legítimas. En los casos de salud mental y física, en la medida que suponen un coste en recursos para el Estado parte, la alegación de su obligación de mirar por el interés general impidiendo el deterioro de la economía nacional, es recurrente. Para mayor mengua, se debe sumar el ya comentado otorgado margen de discrecionalidad concedido a los Estados³⁰.

El derecho a una vida en familia, en relación a temas de inmigración, gira mayormente en torno a los casos en los que, al menos uno de los miembros de una unidad familiar está inmerso en un proceso de expulsión, mientras que al menos otro no lo está, de manera que la materialización de la expulsión del (de los) primero(s) implicaría la ruptura de la convivencia familiar con el (los) segundo(s). Se entiende que para estar inmerso en un proceso de expulsión se tiene que poseer la condición de extranjero, de forma que, cuanto menos, éste lo es.

La primera cuestión que aparece es la de determinar cuándo se puede hablar de la existencia de una unidad familiar. En primer lugar, entran dentro de ella, los hijos jóvenes adultos, pero aún dependientes (Case Maslov vs. Austria, 2008, 62)³¹. El elemento definitorio es que exista una auténtica unión afectiva, continuada, estable y corroborable (Quesada, 1996: 322-328; Chueca, 1998: 67-72); ese criterio es el que otorga coherencia a la casuística jurisprudencial de Tribunal. En lo que se refiere a las uniones, se admiten las matrimoniales y las de hecho. Respecto a las uniones matrimoniales, se debe matizar que no por el mero hecho de haber cumplido con las formalidades se considera automáticamente que se haya formado una unidad familiar, pues cabe la posibilidad de

30 Por ejemplo en: Bensaid vs. UK, 2001, 48.

31 En sentido negativo, ver también Konstantinov vs. Netherlands, 2008, 52. En el trabajo ya citado de Santolaya (2009: 553), este autor menciona que el TEDH ha incluido dentro del concepto de “vida familiar” incluso a tíos y sobrinos.

que el matrimonio se haya celebrado en fraude de ley. En tales casos, al no concurrir el elemento definitorio mencionado, no habría vida en familia³². También cabe la posibilidad de que el matrimonio no se haya celebrado válidamente, pero que las personas convivan como una familia, en cuyo caso sí se podría hablar de la existencia de una vida en familia³³. Ello pondría de manifiesto que las parejas de hecho son consideradas unidades familiares. Por otro lado, la convivencia diaria no es un requisito necesario, pero en caso de no producirse sí debe demostrarse la existencia de vínculos afectivos.

La segunda cuestión relevante que se debe tener en cuenta es que el derecho a una vida en familia no genera automáticamente un derecho incondicional de los inmigrantes a poder escoger el país de residencia, ni tampoco a la reunificación familiar. Se trata de intereses distintos que, aunque conexos, no deben confundirse. Además, no se debe olvidar el derecho reconocido a los Estados de control del territorio nacional en la entrada, residencia y salida de extranjeros, en pos de aquellos intereses legítimos de los Estados.

“48. The Court further reiterates that, moreover, Article 8 does not entail a general obligation for a State to respect immigrants' choice of the country of their residence and to authorise family reunion in its territory. Nevertheless, in a case which concerns family life as well as immigration, the extent of a State's obligations to admit to its territory relatives of persons residing there will vary according to the particular circumstances of the persons involved and the general interest.” (Case Konstantinov vs. Netherlands, 2007)³⁴

La contraposición entre los distintos intereses individuales y colectivos se realiza mediante lo que

32 Esta conclusión se extrae a partir del Case Bensaid vs. UK, 2001. En éste, el alegante se había casado con una ciudadana británica, pero el matrimonio fue declarado en fraude de ley por las autoridades del país (9 y 10). Establecido ese hecho, el TEDH no entra a juzgar la posibilidad de violación del derecho a la vida en familia, sino únicamente del derecho a la privacidad.

33 Ver Omoregie vs, Norway, 2008. En este caso, los alegantes adultos, un nigeriano y una noruega, celebraron el acto matrimonial en Noruega, pero sin cumplir con todos los requisitos establecidos por la ley, de forma que el matrimonio no pudo considerarse válido a efectos jurídicos. Pese a ello, tanto el representante del Estado parte, como el mismo Tribunal no pusieron en duda la existencia de una unidad familiar y, por consiguiente, de una vida en familia.

34 Ver también: Omoregie vs. Norway, 2008, 57.

se llama el “test de necesidad”. Según éste, una interferencia estatal en el ámbito de la esfera privada de la persona es arbitraria si en la evaluación llevada a cabo a partir de una serie de criterios establecidos por el TEDH, éste encuentra que no existía razón que justificara la necesidad de la medida adoptada. Ese listado de criterios ha sido recogido en los párrafos 57 a 59 del *Case Üner vs. Netherlands* (2006) respecto al derecho a una vida en familia, y a los cuáles el TEDH hace referencia en sus sentencias posteriores sobre esta materia³⁵. Por su extensión, me abstengo de citarlos, si bien me remito a ellos. Algunos de esos criterios también son empleados para el caso del derecho a la privacidad, de forma que, en aquello que sea pertinente, lo que aquí se comenta también sirve como desarrollo del mismo. No se pretende hacer un análisis exhaustivo de cada uno de los criterios que el TEDH tiene en cuenta, pues no es posible en un trabajo de estas dimensiones, pero sí creo que vale la pena comentar aquellos puntos que me han parecido más interesantes.

Dos parecen ser las grandes líneas de justificación de la interferencia estatal en el derecho a una vida en familia y, por ende, de las expulsiones acordadas: 1) la economía nacional y el mantenimiento del bienestar; 2) el mantenimiento del orden público y la prevención de la criminalidad. Respecto a la primera, cabe mencionar que, por ejemplo, la insuficiencia de recursos o de los medios legales para obtenerlos que aseguren el propio mantenimiento y/o el de los posibles familiares a reunificar es un motivo proporcionado para la expulsión, o para la denegación de la solicitud de reunificación familiar. El adecuado funcionamiento de la economía nacional así lo justificaría, pues el deterioro que supondría la asunción de los gastos derivados en asistencia social u otro tipo de subvenciones que el Estado pudiera otorgar a los residentes irían en contra de ese objetivo legítimo de los Estados (*Case Konstantinov vs. Netherlands*, 2007, 49 y 50).

La segunda gran línea requiere mayor detenimiento. En los supuestos que se van a estudiar ahora, no sólo se legitima al Estado para poder expulsar a un inmigrante de su territorio, sino también incluso para poder prohibir la entrada durante un determinado período de tiempo en determinados casos considerados de especial gravedad. Suponen una amenaza para el mantenimiento del orden público y la prevención de la criminalidad, la comisión de actos que constituyan faltas o delitos tipificados en el CP del país en cuestión. Son elementos a tener en cuenta en la ponderación de

35 Ver, por ejemplo, en: *Omoregie vs. Norway*, 2008, 57; *Maslov vs. Austria*, 2008. 70 y 71.

intereses: la gravedad del acto cometido o la reiteración en la comisión son elementos que intervienen en la ponderación de los intereses de las partes. La prevención del desorden (público) y de la criminalidad vienen expresamente recogidos en el art. 8.2 CR, los cuáles serían los bienes de interés general que se protegerían.

Pero también se consideran actos que atentan contra el orden público el incumplimiento de cualquier acto administrativo acordado por la Administración, incluidas las resoluciones de denegación de permiso de trabajo y/o residencia, o las órdenes de expulsión. La irregularidad en la situación administrativa sitúa al inmigrante en una situación definida como de “precariedad”, por la cual los vínculos de cualquier tipo que haya o pueda establecer en el Estado parte son considerados como débiles o circunstanciales³⁶. En otras palabras, el inmigrante debería saber que, dada su situación de irregularidad en el país, su permanencia en el Estado parte es temporal y sin posibilidades de continuidad, lo que sustenta la suposición aceptada por el TEDH de que los vínculos que establezca en el Estado parte también resultan superficiales. En conclusión, a la hora de ponderar la interferencia en la vida privada o en la vida en familia, la situación de irregularidad en el país conlleva que el peso de los vínculos generados en el Estado parte se reduzca considerablemente. Por otro lado, el reiterado incumplimiento del contenido de actos administrativos puede conllevar a que se resuelva la prohibición de entrada en el territorio del Estado parte³⁷.

La consideración de los vínculos de la persona para evaluar el grado de interferencia en su vida privada o familiar es otro de los criterios incluidos en la lista. Para tal consideración, se deben tener en cuenta tanto los vínculos que se mantengan con el país de origen, como con los del país de acogida. Para el inmigrante, cuanto mayores sean los vínculos que se mantienen con el país de origen y menores sean los que se mantienen con el país de acogida, más probable es que la orden de expulsión se considere legítima, y viceversa. En el supuesto de que uno de los miembros posea la

36 Ver *Omoregie vs. Norway*, 2007. En este caso, si bien el alegante se encuentra en situación irregular, contrae matrimonio con una ciudadana noruega, asiste a cursos formativos, trabaja irregularmente, aunque no por demasiados meses, y busca un contrato para regularizar su situación, tiene una niña con su esposa. Pese a todo ello, el Tribunal considera que, como su situación es precaria y sus vínculos también lo son. La conclusión en el párrafo 59.

37 Por ejemplo en: *Omoregie vs. Norway*, 2007, 67.

nacionalidad del Estado parte, ese sólo hecho no impide necesariamente que otros miembros puedan ser expulsados. En la ponderación de la legitimidad de la orden de expulsión, se valorará también sus vínculos y posibilidades de integración en el país receptor de la expulsión, o el impacto que la separación pudiera tener, así como las posibilidades de mantener el contacto³⁸.

Para finalizar, el TEDH considera que es la posición de la persona en el momento de resolver y sentenciar el caso la que se debe tener en cuenta. El lapso de tiempo que puede transcurrir entre el momento de realización de los hechos que las partes aportan para sustentar su posición y el del conocimiento por parte del TEDH lo hacen oportuno. Ello puede conducir, por ejemplo, a una matización del peso de posibles crímenes cometidos, cuando en el actualidad ya no se cometan (Maslov vs. Austria, 2008, 61).

3 Comentarios finales

Los derechos humanos surgieron con la finalidad de limitar el poder estatal frente a las personas, y someterlo a los intereses de la comunidad³⁹. Pero esa capacidad de limitación del poder estatal ha quedado, a su vez, limitada. Y si la legitimación del Estado de derecho depende tanto de su respeto a, como de su función garantista de los derechos humanos, ¿qué otras fuentes de legitimidad logran justificar esa limitación? La tesis aquí mantenida es que esas otras fuentes se encontrarían en principios vinculados también con el Estado de derecho, pero cuyas dinámicas pueden independizarse, a saber: el principio democrático y el principio de eficacia estatal como exigencia

38 Por ejemplo en: Omoregie vs. Norway, 2007, 66.

39 Un estudio en profundidad sobre las evoluciones dispares del estado de derecho en Inglaterra, los Estados Unidos y en Europa continental, cada una generando una tradición jurídica propia, se puede hallar en el libro de Fioravanti, Los Derechos Fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones (2007). Para este autor, esas tres tradiciones pueden agruparse en dos categorías, según cual se entiende que es la relación que guarda la democracia respecto a los derechos fundamentales. Así, Inglaterra y los Estados Unidos compartirían la idea de que el sistema democrático es instrumental respecto a los derechos fundamentales. Por lo tanto, su legitimidad depende de que sirva para la efectiva defensa y garantía de los derechos fundamentales. En consecuencia, cuando el procedimiento democrático atenta contra el respeto de esos derechos, entonces éstos últimos deben prevalecer -esto es, los derechos de primera generación- sobre la democracia; o dicho desde otro enfoque, los derechos civiles deben prevalecer sobre los derechos políticos. Por otro lado, Europa continental concebiría la democracia como un fin en sí mismo. Derechos políticos y derechos civiles se sitúan al mismo nivel; es más, ambos tipos de derechos se consideran como indisolublemente vinculados, pues la existencia misma de los derechos individuales depende del poder soberano del Estado. En el primer grupo, el contenido de los derechos considerados humanos limita el ámbito de decisión democrático; en el segundo, las decisiones adoptadas democráticamente pueden acabar anulando el contenido de los derechos fundamentales.

En primer lugar, conviene recordar la diferencia entre titularidad y ejercicio de un derecho. Ser titular de un derecho no implica que su ejercicio no esté condicionado, por ejemplo y como caso habitual, por el igual respeto de los derechos del resto de personas. Hecha esta aclaración, conviene distinguir entre aquellos derechos cuyo ejercicio es incondicional, y por tanto, derecho y ejercicio coinciden (el art. 3, que prohíbe la tortura o la pena o el trato degradante o inhumano), y aquellos otros condicionales, en que titularidad y ejercicio no coinciden (art. 5.1 f), sobre la privación de libertad; art. 8, sobre el derecho a la vida privada y en familia). En los primeros, el Estado no puede contraponer interés nacional alguno; en los segundos, sí. El derecho estatal de control de la entrada, residencia y salida de los extranjeros es el instrumento jurídico a través del cual se articulan esos intereses nacionales.

Parecería que el número de supuestos incluibles dentro de los derechos de ejercicio no condicionable debería ser mayor por ese mismo hecho. Pero no es precisamente lo que sucede. Como se ha visto, en el caso de personas con enfermedades que no puedan tratarlas en sus países de origen, la prohibición de tortura o pena o trato degradante o inhumano conlleva la obligación negativa de no expulsión, y la positiva de atención sanitaria. Debido a su carácter incondicional, y pese a los costes que conlleva la obligación positiva de atención médica, el Estado no puede oponer el interés de la economía nacional. La limitación, en este caso, viene determinada por la definición misma del derecho, que acaba restringiendo su contenido a aquellas enfermedades extremas y en fase terminal. La lógica subyacente podría expresarse en la siguiente regla: cuantas más obligaciones genere y más costos suponga para el Estado, pero menor sea la posibilidad de denegación de su ejercicio por parte de éste, más restrictiva es la definición del derecho aceptada por el TEDH.

La restricción en el ejercicio de derechos condicionales se produce mayormente por otra vía: la contraposición de algún interés nacional que legitima la anteposición del derecho estatal al control de la entrada, residencia y salida de extranjeros. De esta forma, si bien la definición del derecho es más laxa y el reconocimiento de su titularidad abarca mayor número de casos, ese alcance puede acabar siendo reducido considerablemente por el derecho de interferencia estatal respecto a su

ejercicio. Para entender cuándo esa interferencia se considera legítima, la lógica de la regla anterior viene a ser prácticamente la misma: cuantas más obligaciones genere y más costos suponga para el Estado, mayor peso relativo toma el mencionado derecho estatal frente al derecho individual del extranjero. Así, por ejemplo, respecto al derecho a la privacidad, la existencia de costes sanitarios, o en el derecho a la vida en familia, la no disposición de recursos económicos suficientes, son motivos para justificar su interferencia.

Se desprende de lo anterior que el interés nacional puede divergir respecto de la garantía de los derechos humanos, como mínimo y en lo que aquí interesa, de los de los extranjeros. Tal y como se hacía notar en la introducción, las demandas sociales (reales o atribuidas) en sistemas democráticos y los derechos humanos pueden entrar en conflicto. Esa divergencia se pone de manifiesto en los tests empleados para evaluar la idoneidad de la interferencia, que aunque correctamente pueden ser planteados como requisitos a cumplir por los Estados (el margen de discrecionalidad del Estado es menor en el caso del artículo 8, en que se exige un doble test que viene a limitar el margen de discrecionalidad de los estados a que da cobertura el reconocimiento de la legitimidad del fin perseguido, a saber: el “test de calidad de la ley” y el “test de necesidad en una sociedad democrática”, respecto al artículo 5.1f), en que ni siquiera debe justificar esos extremos), tal y como hace el TEDH, bien podrían enfocarse también como dispensaciones otorgadas para su cumplimiento.

Respecto al “test de calidad de la ley”, sus condiciones son meramente de forma⁴⁰. En lo referente al “test de necesidad en una sociedad democrática”, éste viene a graduar, en primer lugar, la exigencia del cumplimiento en función de las circunstancias. Cierta grado de realismo en las políticas es conveniente, por lo que este test no creo que sea el problema en sí mismo; éste más bien reside en el contexto político y social actual, extremadamente competitivo, por definición configurado como escaso de recursos, y, en consecuencia, en permanente y sistemático estado de necesidad. En segundo lugar, y entendiendo como “necesario en una sociedad democrática”, la “presión social” y “proporcionalidad de los medios respecto al fin legítimo estatal perseguido” (Casadevall, 2007: 148; García San José, 2001: 67), el cumplimiento de ese requisito

40 «Una ley “en el sentido del Convenio”, como ha señalado el Tribunal, es aquella que satisface el triple requisito de previsibilidad, publicidad y accesibilidad» (García San José, 2001: 22)

puede acabar dependiendo del contexto socio-político del momento, y/o de la eficacia atribuida para la realización del interés nacional, quedando la garantía de los derechos a expensas de la evaluación de los expertos en administración pública⁴¹.

En conclusión, mediante ambas técnicas (definiciones de derechos restrictivas; definiciones más extensivas que dan lugar a un reconocimiento más amplio, pero también más posibilidades de interferencia en su ejercicio), los intereses de los Estados se logran reconciliar con los derechos humanos. Gracias a las mismas, la supeditación en el reconocimiento y/o ejercicio de los derechos del inmigrante extranjero a las circunstancias no implicaría su instrumentalización por parte del Estado. De esta forma, derechos humanos, democracia y eficacia administrativa logran presentarse discursivamente como armónicos entre sí.

Respecto a la eficacia administrativa en concreto, querría hacer un último comentario. En la medida en que el derecho de control de la entrada, residencia y salida de extranjeros se justifica en virtud de determinados intereses colectivos considerados legítimos, las medidas restrictivas de derechos consideradas necesarias para garantizar la eficacia administrativa en su actuación pueden resultar también justificadas. Ya no se trata de que el Estado esté legitimado a interferir en los derechos de los extranjeros por razón del interés nacional, sino que ahora el Estado mismo se convierte en el fin a proteger. Los artículos vistos aportan algunos ejemplos. Así, en primer lugar, la equiparación entre irregularidad administrativa y criminalidad, que sitúa en la precariedad cuasi permanente al inmigrado, resultando en la probable privación del disfrute a su derecho a una vida en familia; y en segundo lugar, la dependencia del tiempo justificado de la detención por motivos administrativos en lo que resulte conveniente para la tramitación del caso.

41 Esta afirmación requiere de una puntualización. Eficacia y proporcionalidad no son sinónimos. Es más, teóricamente el principio de proporcionalidad, que consiste en la ponderación equilibrada entre derechos individuales e intereses colectivos, tiene como función precisamente limitar el ámbito de decisión y acción gubernamental a aquellas acciones que resulten menos lesivas para los derechos individuales, si bien dentro de aquellas que resultan eficaces. El principio de proporcionalidad limita el ámbito de elección, pero sólo dentro del conjunto de posibles acciones eficaces. Cuanto mayor sea el “margen de discrecionalidad” (Chueca, 1998: 77-85) reconocido a los Estados para la evaluación de la necesidad de una determinada política y para la proporcionalidad de las medidas adoptadas, más se diluye en la práctica esa distinción teórica.

Acosta, J.B., «El principio de la dignidad de la persona humana y el régimen jurídico de extranjería», en Universitat de Girona; Generalitat de Catalunya, *Derecho de la inmigración y derecho de la integración. Una visión múltiple: Unión Europea, Canadá, España, Quebec y Cataluña*. Girona, Servei de Publicacions de la universitat de Girona, 2002.

Arcos Ramírez, F. *La seguridad jurídica. Una teoría formal*. Madrid, Dykinson, 2000.

Boza Martínez, D., «El derecho a la vida familiar como límite a las expulsiones de extranjeros condenados por sentencia firme. Breve análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de derecho migratorio y extranjería*, nº 11, marzo, 2006, pág. 25-39.

Carrillo Salcedo, J.A., *Soberanía de los estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*. 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2001.

Carrillo Salcedo, J.A., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid, Tecnos, 2003.

Casadevall, J., *El Conveni europeu de drets humans, el Tribunal d'Estrasburg i la seva jurisprudència*. Barcelona, Bosch, 2007.

Chueca, A.G., *La expulsión de extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos*. Zaragoza, Egido ed., 1998.

De Lucas, J., «Algunas tesis sobre el desafío que plantean los actuales flujos migratorios a la universalidad de los derechos humanos», en Campoy, I. (ed.) *Una discusión sobre la universalidad de los Derechos Humanos y la inmigración*, Madrid, Dykinson, 2006.

De Lucas, J., «La inmigración y la lógica de “estado de sitio” (a propósito de algunas claves recientes de la política europea de inmigración)», en De Lucas, J.; Solanes, A. (eds.) *La igualdad en los derechos: claves de la integración*. Madrid, Dykinson, 2009.

Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 6ª ed., Madrid, Trotta, 2009.

Fioravanti, M., *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. 5ª ed., Madrid, Trotta, 2007.

García España, E., «Seguridad ciudadana, inmigración y privación de libertad», en Soroeta, J., *Problemas actuales de la inmigración*. Bilbao, Universidad del País Vasco, 2006.

García Roca, J.; Santolaya, P. (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*. 2ª ed., Madrid, CEPC, 2009.

García San José, D.I., *Los derechos y las libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XXI*. Sevilla, Universidad de Sevilla, 2001.

Giliberti, G., «Fundamental rights as European principles of legitimation», en Giliberti, G.; Morondo, D.; Salinari R.K., en *Europe and Human Rights. The new frontiers*. Roma, Luca Sossella, 2003.

Gimeno, C. *Qué es la inmigración?*. 2ª ed., Barcelona, RBA, 2006.

Laporta, F.J., «El ámbito de la constitución», *Doxa*, nº 24, 2001, pág. 459-484.

Pérez Luño, A.E., *La seguridad jurídica*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1994.

Prieto Sanchís, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2003.

Quesada, S., «La expulsión de los extranjeros y el respeto de la vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en López Ortega, J.J., *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar*. Madrid, CGPJ, 1996.

Ripol, S., *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*. Barcelona, Atelier, 2007.

Rousseau, D., *La justicia constitucional en Europa*. Madrid, CEPC, 2007.

Ruiz, M., *La construcción coherente del derecho*. Madrid, Dykinson, 2009.

Villaverde, I., «El régimen jurídico-constitucional de la detención e internamiento de los extranjeros con ocasión de su expulsión del Estado», en Presno, M.A. (coord.), *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

Zagrebel'sky, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid, Trotta, 1995.

Zagrebel'sky, G., *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Madrid, Trotta, 2008.

<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

Case Bensaid vs. UK. STEDH, Sección 3ª, 6.5.2001 (nº 44599/98).

Case D. vs. UK. STEDH, Sala, 2.5.1997 (Nº 30240/96).

Case Darren Omoregie and others vs. Norway. STEDH, Sección 1ª, 31.7.2008 (nº265/07).

Case Konstantinov vs. The Netherlands. STEDH, Sección 3ª, 24.9.2007 (nº 16351/03).

Case Maslov vs. Austria. STEDH, Gran Sala, 23.6.2008 (nº 1638/03).

Case N vs. UK. STEDH, Gran Sala, 27.5.2008 (nº 26565/05).

Case NA vs. UK. STEDH, Sección 4ª, 6.8.2008 (nº 25904/07).

Case Ryabikin vs. Russia. STEDH, Sección 1ª, 19.9.2008 (nº 8320/04).

Case Saadi vs. UK. STEDH, Sección 4ª, 11.7.2006 (nº 13229/03).

Case Saadi vs. UK. STEDH, Gran Sala, 29.1.2008 (nº 13229/03).

Case Ünner vs. The Netherlands. STEDH, Gran Sala, 18.10.2006 (nº 46410/99).