

EL DERECHO HUMANO A ABANDONAR UN PAÍS, INCLUIDO EL PROPIO: LAS EXCEPCIONES A LA REGLA

Teresa FAJARDO DEL CASTILLO*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. PRINCIPALES INSTRUMENTOS UNIVERSALES Y REGIONALES QUE RECONOCEN EL DERECHO A ABANDONAR UN PAÍS.—2.1. Instrumentos jurídicos universales.—2.2. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y su Protocolo 4.—2.3. El Objetivo 2 del Pacto Mundial por una Migración Segura, Ordenada y Regular: «Minimizar los factores adversos y estructurales que obligan a las personas a abandonar su país de origen».—3. EL PAPEL DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA CRECIENTE LIMITACIÓN DEL DERECHO A ABANDONAR UN PAÍS.—3.1. La UE y la construcción de fronteras para impedir la salida de los países de origen y de tránsito.—3.2. Las excepciones y restricciones justificadas por la lucha contra la inmigración ilegal, la trata de seres humanos y el crimen organizado.—4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

El derecho a abandonar un país, incluido el propio, se encuentra recogido en el art. 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH, en adelante) y en el art. 12 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). También lo incorpora el art. 2 del Protocolo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Este derecho humano está marcado tanto por su naturaleza de derecho básico necesario para el disfrute de otros derechos —como el derecho a buscar asilo o refugio—, como por las excepciones y restricciones que los Estados pueden imponerle por razones de seguridad, orden público y de control de la migración. Sin embargo, el derecho a abandonar un país no constituye un título jurídico suficiente para la elección del país de destino.

Su concepción amplia cuando fue formulado por primera vez se ve ahora limitada por el establecimiento de excepciones y restricciones que limitan

* Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Granada (fajardo@ugr.es). Este trabajo de investigación ha sido realizado en el marco del Proyecto dirigido por el Profesor Esteban Pérez Alonso, *Esclavitud contemporánea y trata de personas en el contexto internacional, nacional y andaluz: un estudio jurídico multidisciplinar y transversal*, P18-RT-2253.

su alcance como consecuencia de políticas migratorias en las que los potenciales países de destino han colaborado con los países de origen y de tránsito para contener o para impedir la salida de las personas sin títulos jurídicos para emigrar regularmente.

La Unión Europea (UE, en adelante) y sus Estados miembros han desempeñado en los últimos años un papel importante en la práctica que ha ampliado las limitaciones a este derecho para combatir la emigración irregular o el tráfico de seres humanos. Por ello, cabe plantearse su papel en la definición de este derecho y de su alcance a través de la imposición de nuevas restricciones, así como también su responsabilidad por la violación de derechos humanos en el proceso de adopción y ejecución de su política migratoria.

En la práctica, estas restricciones no solo obedecen a fines legítimos ligados al ejercicio de la soberanía del Estado y a sus derechos a determinar quién entra, reside y sale de su territorio. La multiplicación de las restricciones de carácter temporal, geográfico y por razón de la nacionalidad de quienes quieren ejercer este derecho, hacen necesario que se examine si entran dentro de los requisitos y límites que se establecen en el apdo. 3 del art. 12 PIDCP y si no violan un principio general de no discriminación. Además, las limitaciones a este derecho han de venir establecidas por ley y su necesidad y su proporcionalidad deben justificarse. Las razones que las fundamentan vienen dadas en demasiadas ocasiones por la prevalencia de motivos de seguridad sobre el derecho a abandonar un país y sobre la libertad de movimiento que a este derecho debiera asociarse. Son estos motivos de seguridad los que se esgrimen desde los países de destino y, en particular, por la UE y sus Estados miembros que han promovido el control de fronteras de manera que en las últimas décadas los requisitos de entrada se han incrementado, así como las consecuencias derivadas de incumplirlos. En cualquier caso, las limitaciones a este derecho tienen que ser coherentes con el CEDH y con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que nos servirán para examinar cuáles es, a día de hoy, el alcance de este derecho en Europa.

También tendré en cuenta los instrumentos de *soft law* que han servido para establecer un marco común de referencia ante la falta de desarrollos normativos convencionales y que han sido preparados por los órganos de la gobernanza internacional y europea en materia de derechos humanos. En particular, nos referiremos al Pacto Mundial por una Migración Segura, Ordenada y Regular¹, que a pesar de su naturaleza no vinculante se ha convertido en un referente de lo que los Estados consideran «normas comunes» para la cooperación en la gestión de los flujos migratorios.

Son estas cuestiones las que examinaremos para redefinir el alcance del derecho a abandonar un país, incluido el propio, a la luz de los nuevos desarrollos normativos y jurisprudenciales y del análisis de sus restricciones en

¹ Véase sobre este instrumento de *soft law*, FAJARDO DEL CASTILLO, T., «El Pacto Mundial por una Migración Segura, Ordenada y Regular: un Instrumento de *soft law* para una gestión de la migración que respete los Derechos Humanos», *REEI*, vol. 38, 2019, pp. 1-34.

su marco jurídico convencional internacional (Sección 2.1) y regional (Sección 2.2) y en el *soft law* relevante (Sección 2.3). También analizaremos la práctica que lo reconoce y lo limita, prestando especial atención a la de la UE y sus Estados miembros (Sección 3).

2. PRINCIPALES INSTRUMENTOS UNIVERSALES Y REGIONALES QUE RECONOCEN EL DERECHO A ABANDONAR UN PAÍS

2.1. Instrumentos jurídicos universales

En la búsqueda de un marco jurídico de referencia del derecho humano a abandonar un país, incluido el propio, nos encontramos, en primer lugar, los instrumentos universales para la protección de los derechos humanos, que muestran también ellos en la formulación de sus disposiciones cómo este derecho ha sufrido cambios motivados por el contexto histórico y político en el que ha sido aplicado. Así, en primer lugar, el art. 13.2 DUDH dispone que: «Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país»².

Esta disposición con el paso del tiempo y la aceptación de los Estados, habría alcanzado ya la naturaleza normativa en tanto que norma consuetudinaria. Atrás quedaron los años en que los países de la Unión Soviética y no pocos Estados asiáticos impidieron el disfrute de este derecho a sus nacionales y convirtieron su ejercicio incluso en un delito³.

Con un tenor semejante, este derecho humano también fue reconocido en el art. 12 PIDCP, si bien ya como norma convencional con matices importantes⁴:

«1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.

2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.

3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando estas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país».

² Art. 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General en su Res. 217 A (III) de 10.12.1948.

³ Véase el caso de Vietnam, «Memorandum of Understanding between the Socialist Republic of Vietnam and the United Nations High Commissioner for Refugees (13 December 1988)», *International Journal of Refugee Law*, vol. 5, 1993, p. 626.

⁴ Véase Special Rapporteur, Mr. JOSÉ D. INGLES, Study of Discrimination in Respect of the Right of Everyone to Leave any Country, including his Own and to Return to his Country, *E/CN A/Sub.2/229/Rev.1*, 1963, véase en particular el Anexo IV sobre el desarrollo del art. 12 del borrador de PIDCP, pp. 88 y ss.

En primer lugar, ha de recordarse que este derecho a abandonar un Estado, incluido el propio, no da derecho a elegir el país de destino⁵. Esta interpretación y su salvedad la daría el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas⁶, el órgano competente para establecer la interpretación de este instrumento convencional en el marco del Protocolo al PIDCP, que en su *Comentario General 15 sobre la posición de los extranjeros bajo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos* señalaría que:

«El Pacto no reconoce el derecho de los extranjeros a entrar o residir en el territorio de un Estado parte. En principio, corresponde al Estado decidir a quién admitirá en su territorio. Sin embargo, en determinadas circunstancias, un extranjero puede disfrutar de la protección del Pacto incluso en relación con la entrada o la residencia, por ejemplo, cuando surgen consideraciones de no discriminación, prohibición de trato inhumano y respeto por la vida familiar»⁷.

Como cabe apreciar, el primer requisito para poder moverse libremente y elegir residencia del art. 12.1 es hallarse legalmente en el territorio de un país⁸, un requisito este que no aparecía en el art. 13 DUDH⁹. Ha sido la práctica de los Estados la que ha determinado esta precisión.

De especial interés ahora es el pronunciamiento del Comité de Derechos Humanos en el contexto en el que las personas que intentan abandonar un país sufren maltrato físico en las zonas fronterizas habilitadas para llevar a cabo los controles migratorios y contener su salida¹⁰. Así el Comité señalaría que el Estado es responsable de evitar esos comportamientos y, en el caso de España por los incidentes de la Playa del Tarajal también apunta a su responsabilidad respecto a las actuaciones de Marruecos cuando dice:

«El Estado parte debe adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar que no se someta a los inmigrantes a malos tratos durante su deportación y expulsión. El Estado parte debe tomar las medidas necesarias para garantizar que autoridades extranjeras no cometan violaciones de derechos humanos en terri-

⁵ En este sentido véase MOLE, N., «Sanctions and Regulation of Migration Flows», *Human Rights and Immigration*, Collection of contributions to the work of the Commissioner for Human Rights, Álvaro Gil-Robles, *Doc. CommDH(2003)8rev. bil.*, p. 33.

⁶ UN Human Rights Committee, General Comment no. 27, *CCPR/C/21/Rev.1/Add.9*, noviembre de 1999.

⁷ Apdo. 5 del Comentario General 15, *CCPR General Comment No. 15: The Position of Aliens Under the Covenant* adopted at the Twenty-seventh session of the Human Rights Committee, 11 de abril de 1986.

⁸ Respecto a este requisito se pronunciaría el Comité de Derechos Humanos en su Comentario General 15 cuando señalaría en su apdo. 9 que: «*The particular rights of article 13 only protect those aliens who are lawfully in the territory of a State party. This means that national law concerning the requirements for entry and stay must be taken into account in determining the scope of that protection, and that illegal entrants and aliens who have stayed longer than the law or their permits allow, in particular, are not covered by its provisions*», *ibid.*

⁹ Cabría dudar también de la naturaleza consuetudinaria del apdo. 1 de este art. 13 DUDH que afirma que: «Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado».

¹⁰ Véase el apdo. 19 del Doc. del Comité de Derechos Humanos, «Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España», *Doc. CCPR/C/ESP/CO/6*, de 14 de agosto de 2015, en adelante Informe del Comité de Derechos Humanos sobre España.

torio español, y que los policías y personal de fronteras reciban formación adecuada con respecto al uso de la fuerza en las interacciones con los inmigrantes, y asegurar que cualquier uso excesivo de la fuerza sea investigado y los responsables sancionados, cuando sea necesario. Asimismo, debe realizar una investigación completa y efectiva sobre los hechos del Tarajal y, si es necesario, enjuiciar a los responsables y proporcionar reparación adecuada a las víctimas»¹¹.

En cualquier caso, las restricciones del apdo. 3 del art. 12 del Pacto habrán de estar previstas en la ley, ser necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y además deberán ser compatibles con los demás derechos reconocidos en el PIDCP, de manera que en ningún caso estas restricciones se presumen.

Por otra parte, el derecho a abandonar un país es un requisito necesario para poder disfrutar de otros derechos como sería el que permitiría a una persona solicitar asilo o huir del país en el que sufre tortura o corre el riesgo de sufrirla o el derecho del menor a reunirse con sus padres. Además, el derecho a huir de la tortura y de tratos inhumanos y degradantes, reconocido su carácter imperativo, debe llevarnos a reflexionar sobre la situación de los migrantes procedentes de Libia o de otros países en África que podría generar la responsabilidad internacional de los Estados miembros de la UE por contribuir a la violación de los derechos humanos de las personas rescatadas en alta mar y devueltas a dichos países¹². En este caso también es necesario recordar que el Comité de Derechos Humanos ya estableció las garantías que debe ofrecer el Estado en su *Comentario General núm. 27 sobre el alcance del derecho a abandonar cualquier país, incluido el propio*¹³. Así y a título de ejemplo, el Comité ha sostenido que la negativa a emitir pasaportes es una restricción que constituye una violación del art. 12.2 y, por tanto, cualquier Estado que tome esta medida debe justificarlo de conformidad con dicho apartado¹⁴.

2.2. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y su Protocolo 4

El CEDH no contemplaba un derecho a abandonar un país. No sería hasta la adopción de su Protocolo 4 cuando se recogería igualmente este derecho en su art. 2 sobre la libertad de circulación de personas cuyo tenor reproduce

¹¹ *Ibid.*

¹² Para un estudio de casos véase el último informe del Consejo de Europa: Comisaría de Derechos Humanos del Consejo de Europa, *Una llamada de socorro por los derechos humanos. La creciente brecha en la protección de las personas migrantes en el Mediterráneo*, Éditions du Conseil de l'Europe, 2021.

¹³ General Comment No. 27: Freedom of movement (art. 12), *CCPR/C/21/Rev.1/Add.9*, General Comment No. 27, de 2 de noviembre de 1999.

¹⁴ Así lo señalaría por primera vez en el asunto *Lichtensztejn c. Uruguay*, Comunicación núm. 77/1980. A este respecto, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que las restricciones para obtener un pasaporte impuestas a personas que aún no han completado su servicio militar no eran necesariamente incompatibles con el art. 12.2 (asunto *Peltonen c. Finland*, Comunicación núm. 492/1992).

el del art. 12 PIDCP. El mayor interés del tratamiento de este derecho en el sistema europeo de protección de derechos humanos y libertades fundamentales se deriva no solo de su jurisprudencia que es amplia¹⁵, sino también de los informes emitidos por sus instituciones que sirven para determinar el contexto político y social en el que se interpreta este derecho, y que ha experimentado cambios importantes en los últimos años como puede verse en el proyecto de principios que hizo llegar el ECOSOC al Consejo de Europa a través del Secretario General de las Naciones Unidas en 1973, que tenía por objetivo evitar que los Estados europeos incurrieran en discriminación cuando establecieran restricciones al ejercicio de este derecho¹⁶. En este caso, los extranjeros debían disfrutar de los mismos derechos y en la misma medida que los nacionales, siempre y cuando su situación en el país fuera legal.

Estos principios del ECOSOC, como luego haría el art. 2 del Protocolo 4 del Convenio, se refieren a la necesidad de llevar a cabo las restricciones o derogaciones conforme a lo que se considere necesario en una sociedad democrática¹⁷.

Por su parte, en su jurisprudencia, el TEDH señala que el derecho a abandonar un país tal y como se recoge en el art. 2, § 2 del Protocolo 4 «garantiza a cualquier persona el derecho de salir de cualquier país para cualquier otro país de la elección de esa persona a la que pueda ser admitido»¹⁸. Pero este derecho tiene sus excepciones que se recopilan en la sentencia *Battista c. Italia* de 2015, en la que el TEDH llevaría a cabo una definición de este derecho humano, de su alcance y una sistematización de los motivos para establecer excepciones y restricciones entre los que cabe destacar la existencia de procedimientos penales pendientes, el incumplimiento en el pago de impuestos o deudas judiciales a particulares, conocimiento de los «secretos de Estado», el incumplimiento de las obligaciones del servicio militar o incluso las infracciones de las leyes de inmigración de Estados Unidos¹⁹.

Directamente relacionada con la libertad de movimiento y el derecho a abandonar un país se encuentra «la negativa de los tribunales nacionales a emitir un pasaporte al solicitante y la decisión de invalidar su documento de identidad para viajar al extranjero», que el Tribunal considera una interferencia²⁰, que para que sea aceptable deberá cumplir con los siguientes requisitos:

- «— Haber sido adoptada conforme a los requisitos del apdo. 3 del art. 2,
- “de conformidad con la ley”,

¹⁵ Una búsqueda genérica en el sistema de búsqueda del TEDH ofrece 136 resultados en aplicación del art. 2.2 del Protocolo 4 y 83 en el caso de su art. 4, véase <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D%7D>.

¹⁶ Economic and Social Council resolution 1788 (LIV) of 18 May 1973, on the recommendation of the UN Commission on Human Rights, *The right of everyone to leave any country, including his own, and to return to his country*, Resolution 12 (XXIX) of 23 March 1973.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Battista c. Italy*, núm. 43978/09, párr. 37, TEDH 2015.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

— y ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de objetivos tales como “en interés de la seguridad nacional, la seguridad pública y el orden público; prevención del delito; protección de la salud y la moral; protección de los derechos y libertades de los demás”²¹.

Con respecto a la legalidad de la medida, el TEDH reiterará que:

«La expresión “de conformidad con la ley” no solo requiere que la medida impugnada tenga alguna base en la legislación interna, sino que también se refiera a la calidad de la ley en cuestión, que requiere que sea accesible para la persona interesada y previsible en cuanto a sus efectos [...]. Para que la ley cumpla con el criterio de previsibilidad, debe[rá] establecer con suficiente precisión las condiciones en que se puede aplicar una medida, para permitir a las personas interesadas, si es necesario, con el asesoramiento adecuado, regular su conducta»²².

También examinará el TEDH la proporcionalidad de las medidas restrictivas para establecer que no podrán ser adoptadas de manera automática ni por un tiempo indefinido²³, y que en cualquier caso deberán ser objeto de revisión a la vista de las circunstancias²⁴.

El alcance de este derecho ha sido objeto también de interpretación por parte del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa en 2013²⁵, que encomendaría a la Profesora Guild la redacción del informe *The Right to Leave One's Country*²⁶. En este Informe destacará la sentencia en el caso *Stamose c. Bulgaria*²⁷, en el que la medida restrictiva del derecho a abandonar el país habría sido acordada por el Estado contra uno de sus nacionales en el marco de la cooperación con Estados Unidos. Por otra parte, en el examen comparativo que realiza su autora con los instrumentos universales, aprecia la convergencia entre la jurisprudencia del TEDH y los órganos de Naciones Unidas, de manera que los criterios adoptados en el Comentario General 27 son incorporados en sus sentencias, en particular, el test de proporcionalidad que han de cumplir las restricciones de manera que aunque estas puedan estar justificadas por un fin legítimo deberán ser asimismo proporcionadas. Así, no se considerarían como proporcionadas las medidas previstas en una

²¹ Véase COUNCIL OF EUROPE, *Toolkit to inform public officials about the State's obligations under the European Convention on Human Rights*, Factsheet XVII, p. 2, disponible en <https://www.coe.int/en/web/echr-toolkit>.

²² Apdo. 38 de su sentencia *Battista*, refiriéndose a su sentencia *Rotaru c. Rumania* (GC), núm. 28341/95, párr. 52, TEDH 2000.

²³ *Battista c. Italy*, núm. 43978/09, párr. 41, TEDH 2015, refiriéndose a sus sentencias *Napijalo c. Croacia*, núm. 66485/01, párrs. 78-82, TEDH 2003, *Luordo c. Italia*, núm. 32190/96, párr. 96 TEDH 2003, *Földes y Földesné Hajlik c. Hungría*, núm. 41463/02, párr. 35, TEDH 2006.

²⁴ Véase *Battista c. Italy*, núm. 43978/09, párr. 42, TEDH 2015, en el que se citan las sentencias *Riener c. Bulgaria*, núm. 46343/99, párr. 124, TEDH 2006, y *Földes y Földesné Hajlik*, párr. 35; *Sissanis c. Rumania*, núm. 23468/02, párr. 60, TEDH 2007.

²⁵ En aquel momento desempeñaba el cargo el letón Nils Muiznieks. El cargo actualmente lo ocupa la serbia Dunja Mijatovic.

²⁶ COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS OF THE COUNCIL OF EUROPE, «The Right to Leave One's Country», octubre de 2013, disponible en Internet en http://www.coe.int/t/commissioner/source/prems/prems150813_GBR_1700_TheRightToLeaveACountry_web.pdf.

²⁷ *Stamose c. Bulgaria*, núm. 29713/05, TEDH 2012.

legislación ambigua que contemplaba una prohibición de viajar de manera automática y por tiempo indefinido²⁸.

Por último, es necesario destacar las sentencias *N. D. y N. T. c. España* de 2017 y de 2020²⁹ desde el punto de vista de su impacto en el derecho a abandonar un país, incluido el propio. En el ínterin de la adopción de la primera sentencia y la resolución del recurso presentado por España ante el TEDH, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adoptó un Informe y una Resolución sobre las políticas de rechazo³⁰ —*push-back*— en la práctica de los Estados miembros del Consejo de Europa en los que las critica por ser un reflejo del espíritu de contención y rechazo que inspira sus políticas migratorias:

«Para controlar y gestionar los flujos migratorios, los Estados miembros del Consejo de Europa concentran gran parte de sus esfuerzos en la vigilancia de las fronteras. En este contexto, las denegaciones de entrada y las expulsiones sin ninguna evaluación individual de las necesidades de protección se han convertido en un fenómeno documentado en las fronteras de Europa, así como en el territorio de los Estados miembros más al interior. Dado que estas prácticas están muy extendidas, y en algunos países son sistemáticas, estas “devoluciones” pueden considerarse parte de las políticas nacionales y no acciones fortuitas»³¹.

No obstante, la sentencia del TEDH *N. D. y N. T. c. España* de 13 de febrero de 2020 es más restrictiva que la sentencia de 3 de octubre de 2017, al no considerar ya que se ha producido una violación del art. 4 del Protocolo 4 que prohíbe las expulsiones colectivas³². Para la absolución de España, el TEDH ha tenido en cuenta que España habría facilitado «un acceso real y efectivo a los medios legales de entrada, en particular a los procedimientos fronterizos para quienes llegan hasta la frontera»³³.

Ello puede tener consecuencias de más largo alcance si también se considera que los *push-backs* pueden realizarse cumpliendo las normas internacionales de protección de los derechos humanos por parte de los Estados miembros del Consejo de Europa, sin que se tenga en cuenta el comportamiento de los países de origen y de tránsito en aquellos supuestos de gestión migratoria conjunta — como fue el caso de Marruecos en el asunto *N. D. y N. T. c. España*³⁴.

²⁸ A esta conclusión llegaría el TEDH en distintas sentencias relativas a la prohibición de viajar por motivos de impago de impuestos así como derivadas de procedimientos penales, véase *Földes and Földesné Hajlik c. Hungary*, núm. 41463/02, TEDH 2006; *Riener c. Bulgaria*, núm. 46343/99, TEDH 2006; *Nalbantski c. Bulgaria*, núm. 30943/04, TEDH 2011.

²⁹ *N. D. y N. T. c. España* (GS) núms. 8675/15 y 8697/15, TEDH 2020, y *N. D. y N. T. c. España*, núms. 8675/15 y 8697/15, TEDH 2017.

³⁰ Committee on Migration, Refugees and Displaced Persons, Rapporteur Tineke Strik, *Pushback Policies and Practice in Council of Europe Member States*, Doc. 14909, 9 de junio de 2019.

³¹ *Ibid.*, p. 3.

³² Sobre estas sentencias hay ya muchas valiosísimas referencias bibliográficas, de las que destacamos por el punto de conexión con este trabajo CARRERA, S., «The Strasbourg Court Judgement *N. D. and N. T. v. Spain*. A Carte Blanche to Push Backs at EU External Borders?», *EUI Working Paper RSCAS 2020/21*, European University Institute, 2020, pp. 1-36.

³³ Véase el párr. 209 de la sentencia *N. D. y N. T. c. España*, núms. 8675/15 y 8697/15, TEDH 2020.

³⁴ Así los interventores indicaron que «la policía marroquí impedía a ciertas nacionalidades acceder al paso fronterizo de Beni Enzar por motivos de raza, como lo demuestran varios informes de ONG incluidas Amnistía Internacional y CEAR», apdo. 163, p. 8.

2.3. El Objetivo 2 del Pacto Mundial por una Migración Segura, Ordenada y Regular: «Minimizar los factores adversos y estructurales que obligan a las personas a abandonar su país de origen»

El Pacto Mundial por una Migración Segura, Ordenada y Regular que fue adoptado en la Conferencia intergubernamental de Marrakech y, posteriormente, por la Asamblea General en su Resolución 73/195³⁵ con importantes objetores³⁶, ha puesto de manifiesto que uno de los motivos de la proliferación de la migración irregular y de las mafias que se benefician del tráfico de seres humanos es el endurecimiento creciente de las políticas de migración regular de los Estados³⁷. El fin de este Pacto, como se dice bien en su título, es gestionar de manera cooperativa entre todos los países concernidos la migración segura, ordenada y regular, lo que vendría a limitar el derecho a abandonar un país, de manera que solo podrían beneficiarse de él aquellas personas que contaran con un visado o con los títulos necesarios para viajar, trabajar y residir legalmente en un tercer país. Dicho esto, es comprensible que entre los 23 objetivos del Pacto que requieren acciones de aplicación por los Estados que lo han suscrito, se haya previsto el Objetivo 2 consistente en «minimizar los factores adversos y estructurales que obligan a las personas a abandonar su país de origen». Este objetivo se encuentra entre aquellos que abordan los motivos de la migración e invierten en el desarrollo sostenible de los países de origen con el deseo de preservar los derechos básicos de todos los migrantes, pero, especialmente, los de aquellos a los que se les denegará el estatus de migrante regular y, por tanto, su derecho a abandonar su país de origen o el de tránsito. De esta manera se tiene en cuenta que entre las causas de la migración desordenada, insegura e irregular se encuentran tanto los problemas de desarrollo como las medidas restrictivas de la migración regular que han impuesto los países desarrollados³⁸.

Además, el Objetivo 4 del Pacto dispone que los Estados han de «velar por que todos los migrantes tengan pruebas de su identidad jurídica y documentación adecuada», lo que vendría a reconocer la jurisprudencia y el posicionamiento de las instituciones de la familia de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa sobre la necesidad de que no se someta a restricciones indebidas el derecho a obtener un documento de identidad. Sin embargo, entre los restantes objetivos del Pacto también hay que destacar los Objetivos 9 y 10 que justificarán la adopción y desarrollo de medidas y políticas restrictivas acordes con los arts. 12.3 PIDCP y 2.3 del Protocolo 4 al CEDH, porque se dedican a:

³⁵ Resolución A/RES/73/195 aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2018.

³⁶ Véase FAJARDO DEL CASTILLO, T., *loc. cit.*, pp. 5-8.

³⁷ Véase sobre esta cuestión COSTELLO, C., «Refugees and (Other) Migrants: Will the Global Compacts Ensure Safe Flight and Onward Mobility for Refugees?», *International Journal of Refugee Law*, vol. XX, 2018, núm. XX, pp. 1-7, esp. p. 4.

³⁸ FAJARDO DEL CASTILLO, T., *loc. cit.*, pp. 30-32.

- «9. Reforzar la respuesta transnacional al tráfico ilícito de migrantes.
10. Prevenir, combatir y erradicar la trata de personas en el contexto de la migración internacional».

3. EL PAPEL DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA CRECIENTE LIMITACIÓN DEL DERECHO A ABANDONAR UN PAÍS

La UE ha ejercido como potencia normativa en el desarrollo, aplicación y cumplimiento del Derecho internacional a través de un ejemplo virtuoso, para así no ser objeto de acusaciones relativas a sus pretensiones de imponer unilateralmente sus estándares normativos. Sin embargo, en el ámbito migratorio, esta potencia normativa ya bajo un enfoque que la caracteriza de «potencia realista»³⁹ ha sido acusada de europeizar el emergente derecho migratorio a través, precisamente, de restricciones a la libertad de movimiento de las personas, así como de la promoción de una interpretación restrictiva de las instituciones del asilo y del refugio. Las causas del carácter menguante del derecho a abandonar un país se le han atribuido expresamente a su política de externalización de las políticas de control de fronteras⁴⁰ en el Informe del Consejo de Europa sobre el derecho a abandonar un país⁴¹.

Aunque la UE no se haya pronunciado nunca expresamente respecto al derecho de abandonar un país ya que no está contemplado en la Carta de Derechos Fundamentales⁴², sus posturas respecto al retorno de aquellos que carecen de los títulos jurídicos para entrar o permanecer en el territorio de sus Estados miembros han limitado este derecho de abandonar un país a través de su cooperación con los países de origen y de tránsito.

3.1. La UE y la construcción de fronteras para impedir la salida de los países de origen y de tránsito

Con las primeras crisis migratorias, la UE inició su cooperación económica para el establecimiento de fronteras físicas en África, un continente donde

³⁹ Véase SKORDAS, A., «A “blind spot” in the migration debate? International responsibility of the EU and its Member States for cooperating with the Libyan coastguard and militias», *Blog Odysseus Network*, de 30 de enero de 2018.

⁴⁰ Véase DEL VALLE GÁLVEZ, A., «Inmigración, derechos humanos y modelo europeo de fronteras. Propuestas conceptuales sobre “extraterritorialidad”, “desterritorialidad” y “externalización” de controles y flujos migratorios», *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 2, Universidad de Cádiz, 2020, pp. 145-210.

⁴¹ GUILD, E., *op. cit.*

⁴² La Carta de Derechos Fundamentales solo incorpora en su Título V sobre la Ciudadanía su art. 45 sobre la Libertad de circulación y de residencia, que dispone que: «1. Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. 2. Podrá concederse libertad de circulación y de residencia, de conformidad con lo dispuesto en los Tratados, a los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de un Estado miembro», *DOUE C 202*, de 7 de junio de 2016, pp. 389-405.

la operación de la demarcación no se había llevado a cabo hasta entonces⁴³. El impacto de la construcción de estas fronteras empieza a sentirse ahora que ya son operativas en África occidental⁴⁴. Los recientes acuerdos con los países de África incorporan un capítulo destinado a combatir la migración irregular a través de una gestión conjunta de las fronteras⁴⁵. Además la UE adoptará próximamente un reglamento que permitirá que en los controles en frontera se recopilen y almacenen los datos biométricos que facilitarán las operaciones de retorno en el futuro⁴⁶. La UE también ha fortalecido su política de visados⁴⁷ como premio a la colaboración de los países de origen y tránsito. La suspensión de los visados muestra el reverso de esta herramienta, que puede ser también una medida de amenaza o castigo para aquellos países que no cooperen o no lo hagan a la satisfacción de Europa. Las consecuencias derivadas de esta política de visados no se limitarán al continente africano, sino que también se extenderán a todos los países europeos, en particular, los de los Balcanes, con los que se celebran los acuerdos de facilitación y supresión de visados. Sin embargo, los efectos colaterales de la política de visados de la UE sobre el derecho de abandonar se manifiestan cuando sus Estados miembros dejan de conceder asilo o refugio a los nacionales de aquellos países que son beneficiarios. Estas medidas han sido criticadas por el Consejo de Europa, que ha examinado sus efectos en la población romaní de Macedonia, una vez que este país adoptó la medida de retirar el pasaporte y criminalizar a los demandantes de asilo que hubiesen abusado del sistema y hubiesen visto rechazadas sus solicitudes en Estados miembros de la UE⁴⁸. El TEDH también condenó las disposiciones normativas adoptadas por Bulgaria en la

⁴³ Véase FROWD, Ph. M., *Security at the Borders: Transnational Practices and Technologies in West Africa*, Cambridge University Press, 2018; HOWDEN, D., «How Borders Are Constructed in West Africa», *Refugees Deeply*, 18 de julio de 2018.

⁴⁴ Así Howden ha señalado que «*the Organisation of African Unity which accepted Africa's inherited borders in 1964, and the A. U. continues to provide assistance for demarcation of borders and dispute resolution. The Economic Community of West African States (ECOWAS) is one of the guarantors of free movement in the region and generally pursues an ambitious agenda of greater harmonization (e. g., of visa policy). Yet other actors, such as the E. U. and U. N. specialized agencies (such as the U.N. Office on Drugs and Crime), tend to have agendas driven by primarily Western security concerns. Then there are the more immediately visible police and gendarmeries who directly enact border controls*», HOWDEN, D., «How Borders Are Constructed in West Africa», *Refugees Deeply*, 18 de julio de 2018.

⁴⁵ En su Capítulo 3 sobre Inmigración irregular, véase su art. 73 dedicado a la gestión integrada de fronteras, Partnership Agreement between the [European Union/European Union And Its Member States], of the one Part, and Members of the Organization of African, Caribbean and Pacific States, of the other Part, Negotiated Agreement text initialled by the EU and OACPS chief negotiators on 15 April 2021.

⁴⁶ Véase la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se introduce un control de nacionales de terceros países en las fronteras exteriores y se modifican los Reglamentos (CE) 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 y (UE) 2019/817, COM (2020) 612 final, de 23 de septiembre de 2020.

⁴⁷ Véase BROEDERS, D., *loc. cit.*, pp. 81. Véase la versión consolidada de febrero de 2020 del Código de Visados, así como todos los nuevos requisitos exigibles en https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/visa-policy_en.

⁴⁸ Comment of the Commissioner of Human Rights, «The right to leave one's country should be applied without discrimination», *Ref. CommDH 037(2011)*, de 22 de noviembre de 2011, disponible en <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/the-right-to-leave-one-s-country-should-be-applied-without-discriminati-1>.

fase previa a su adhesión a la UE y durante la cual se impidió la salida del país de los nacionales que hubieran sido objeto de una orden de expulsión. Esta jurisprudencia del TEDH consideró que en el origen de la legislación de Bulgaria se encontraba el deseo de satisfacer la política migratoria de la Unión castigando la infracción de sus normas migratorias con la derogación temporal del derecho a abandonar el país⁴⁹. Por otra parte, la gestión compartida del sistema de visados por parte de la UE y de los países de origen y de tránsito puede llevar a una más rápida implantación de los sistemas de control biométrico que ya se encuentran previstos en el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo de la Comisión Europea⁵⁰.

La aplicación de controles biométricos en los denominados *hotspots* y en los centros de detención en los países de tránsito han llevado a incrementar significativamente en los últimos años el número de inmigrantes irregulares a los que se les han tomado las huellas dactilares. Además, el intercambio de datos con Estados terceros que se ha llevado a cabo en virtud de un criterio de interoperabilidad, ha sido denunciado por la Agencia de la Unión Europea de Derechos Fundamentales (FRA, en adelante), por considerar las limitaciones que estas medidas pueden tener en los derechos humanos, especialmente si fuesen adoptadas por países con regímenes autoritarios que persiguen a opositores políticos. Así, la FRA ha sopesado las ventajas y los problemas que la interoperabilidad supone en el marco de la protección internacional⁵¹. El intento de trasladar la tecnología europea a los países africanos no garantiza que se vaya a alcanzar el contexto adecuado para que se respeten los derechos humanos de las personas que deseen ejercer el derecho a abandonar estos países.

3.2. Las excepciones y restricciones justificadas por la lucha contra la inmigración ilegal, la trata de seres humanos y el crimen organizado

Como ya hemos señalado, las restricciones al derecho a abandonar un país deben estar justificadas conforme a las exigencias previstas en los arts. 12.3 del PIDCP y 2.3 del Protocolo 4 al CEDH; además, estas no podrán ser desproporcionadas ni discriminatorias y, además, deberán responder a las exigencias de una sociedad democrática en la consecución de sus objetivos —lo que supone un sensible test para la Unión y sus Estados miembros—. Las que se han alegado por la UE y sus Estados miembros cumplen formalmente con estos requisitos pero cabe negarlo de las restricciones que estos han alentado a adoptar a los terceros países de origen y de tránsito que aún no han

⁴⁹ *Stamose c. Bulgaria*, cit. *supra*, apdo. 36, pp. 8-9.

⁵⁰ Véase la Comunicación de la Comisión relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, COM (2020) 609 final, de 23 de septiembre de 2020.

⁵¹ FRA, *Fundamental rights and the interoperability of EU information systems: borders and security*, 2017, p. 8, disponible en su web, en <https://fra.europa.eu/en/publication/2017/fundamental-rights-interoperability>.

alcanzado el estatus de sociedades democráticas o respetuosas del Estado de Derecho. Las medidas adoptadas por Macedonia, a las que antes nos hemos referido, son un ejemplo de ello y se les podrían sumar igualmente todas las medidas adoptadas por los países con los que la UE y sus Estados miembros han celebrado acuerdos de readmisión, así como memorandos de entendimiento y acuerdos administrativos para facilitar la cooperación policial para el control fronterizo. Esta última tipología de acuerdos revestirían esta forma para eludir las exigencias de transparencia y los controles democráticos de los parlamentos europeos.

Las restricciones articuladas por la UE y sus Estados miembros que nos parecen más pertinentes son las que se refieren al control de la inmigración irregular, el tráfico de personas y la trata de personas con fines de explotación sexual y laboral y tráfico de órganos, e informan ya las estrategias de Europol como prioridades⁵². Una somera revisión de la práctica⁵³ y la jurisprudencia española⁵⁴ en materia de trata de seres humanos⁵⁵ y de migración ilegal nos permite presentar una preocupante imagen del Mediterráneo que puede aplicarse también a los Balcanes⁵⁶. En las sentencias que se han dictado en España, puede identificarse claramente un *modus operandi* que variará en función del origen de las personas traficadas que podrán entrar en España vía marítima en cayuco, o cruzando África y entrando desde Marruecos o desde Libia. Las mujeres y niñas serán captadas prometiéndoles un trabajo en España y una vez aquí se las obligará a pagar el precio de su traslado, ejerciendo la prostitución⁵⁷.

La gravedad de los delitos cometidos en territorio español como los cometidos en el *iter* de llegada a España justifican las medidas adoptadas para controlar la emigración en los países de origen y destino, pero no son lo suficientemente efectivas para frenar el flujo de personas que huyen de una situación de pobreza. Gracias a ello, el crimen organizado transnacional crece

⁵² Estas prioridades se definieron en el *EU Policy Cycle 2018-2021* que pueden consultarse en la web de Europol en <https://www.europol.europa.eu/crime-areas-and-trends/crime-areas/trafficking-in-human-beings>. Véase además el papel que se le asigna en la nueva Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the EU Strategy on Combatting Trafficking in Human Beings 2021-2025, COM (2021) 171 final, de 14 de abril de 2021.

⁵³ Véase TRUJILLO DEL ARCO, A., «El combate *de facto* contra la trata de personas en España y la responsabilidad internacional del Estado», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 73, 2021, núm. 1, pp. 277-296.

⁵⁴ La base de datos CENDOJ del Consejo General del Poder Judicial ofrece los siguientes resultados en función de las palabras claves incorporadas: en 2019: trata de seres humanos: 4.040 resultados, trata de seres humanos con fines de explotación sexual: 520 resultados; inmigración ilegal: 8.005 resultados; en 2021: 2.433; trata de seres humanos con fines de explotación sexual: 295; inmigración ilegal: 3.776. Se puede apreciar un descenso en las cifras, cuya interpretación queda fuera ya de esta investigación.

⁵⁵ Véase la STS 2572/2019, de 24 de julio de 2019, ECLI:ES:TS:2019:2572.

⁵⁶ Véase GAON, I.-D. (Permanent Representative of Bosnia and Herzegovina to the Council of Europe), «Trafficking in Human Beings - Violation of Human Rights», *Human Rights and Immigration, Collection of contributions to the work of the Commissioner for Human Rights*, GIL-ROBLES, A., Doc. CommDH(2003)8rev. Bil, pp. 45-82.

⁵⁷ Véase la STS de 3 de mayo de 2017, ECLI:ES:TS:2017:1889.

y diversifica sus actividades para maximizar sus beneficios: en función de las circunstancias, desembarca drogas o personas en las costas españolas. Ello ha obligado a que los mandatos de Frontex y de Europol se hayan ampliado para hacer frente a esta criminalidad creciente. La importancia de sus operaciones está más allá de cualquier duda pero requieren de un control independiente⁵⁸. Sin embargo, el hecho de que la cooperación con los países de origen y de tránsito se convierta en una fuente de restricciones al derecho a abandonar el país, que queda al margen de los controles y las garantías procesales que se ofrecen en Europa, no deja de ser un problema que deben asumir tanto la UE como sus Estados miembros.

4. CONCLUSIONES

El alcance del derecho a abandonar un país, incluido el propio, tal y como se formula en los instrumentos jurídicos internacionales y europeos, nunca ha garantizado la elección del país de destino. Aunque la garantía del disfrute de este derecho se encuentre en manos del país de origen o de tránsito, la creciente influencia de los países de destino ha tenido como consecuencia una multiplicación de las restricciones y excepciones invocando el orden público y la seguridad y la gestión migratoria. Estas excepciones que han aumentado de manera alarmante hacen necesario replantear su alcance a la luz de la práctica de los Estados que requiere encontrar un equilibrio entre la soberanía del Estado y el respeto de los derechos humanos básicos que contempla el estándar mínimo de derechos del *ius migrationis*.

De especial relevancia es la práctica que se propone desde la UE y sus Estados miembros porque tiene un efecto amplificador de las medidas de control de la inmigración irregular y porque sirven de modelo a seguir a los países de origen y destino y limitan el derecho a abandonar un país si la persona carece de los títulos para una emigración regular. De esta manera, las medidas que los Estados de origen y tránsito adoptarían en el ejercicio de su soberanía a título individual pasan a integrarse *de facto* o por vía convencional en la política europea de gestión de fronteras. De igual modo, el Pacto Mundial por una Migración Segura, Ordenada y Regular ha visto cómo sus mayores logros son los que se prometen en el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo de la UE, que con sus mejoras en la gestión conjunta de las fronteras haría posible una mayor contención de la emigración irregular. Si bien este fin puede justificar las excepciones al derecho a abandonar un país, no puede invocarse si no se respetan los derechos básicos de demandantes de asilo y refugiados y de menores no acompañados, así como los derechos humanos que asisten a toda persona en el marco de lo que debería ser un *Estado de*

⁵⁸ Aunque como consecuencia de la efectividad de los mecanismos de supervisión independiente sean objeto de controles por prácticas que podrían haber llevado a la violación de derechos, véase GUILD, E., «The Frontex Push-Back Controversy: Lessons on Oversight», *Blog of the Odysseus Network*, 19 de abril, <https://eumigrationlawblog.eu/the-frontex-push-back-controversy-lessons-on-oversight-part-i/>.

Derecho de las migraciones y que se reconocen en el estándar mínimo que todo Estado ha de reconocer a los nacionales de terceros Estados y apátridas.

Por ello, el desarrollo de las políticas migratorias de la UE y de sus Estados miembros ha tenido como efecto secundario la limitación del derecho a abandonar un país, en la medida en que este queda limitado por un creciente número de requisitos que sirven para canalizar la migración legal y para combatir la que no lo es. Dado que las vías para acceder a la migración legal son cada vez más restringidas y los controles migratorios y de la identidad de los ciudadanos extranjeros son cada vez más numerosos y eficaces, cabe preguntarse si el derecho de abandonar un país es un derecho humano universal o si por el contrario, siendo ya la excepción la regla, es un derecho cuyo disfrute está condicionado al carácter regular de la migración o a la existencia de motivos de carácter imperativo para poder solicitar el derecho de asilo, el estatuto de refugiado o la protección internacional.

RESUMEN

EL DERECHO HUMANO A ABANDONAR UN PAÍS, INCLUIDO EL PROPIO: LAS EXCEPCIONES A LA REGLA

El derecho a abandonar un país, incluido el propio, se encuentra recogido en el art. 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el art. 12 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. También lo incorpora el art. 2 del Protocolo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Este derecho está marcado tanto por su naturaleza de derecho humano necesario para el disfrute de derechos tales como el derecho a buscar asilo o refugio, como por las restricciones que los Estados pueden imponerle por razones de seguridad, orden público y control de la migración. Sin embargo, el derecho a abandonar un país no constituye un título jurídico suficiente para la elección del país de destino. Su concepción amplia cuando fue formulado por primera vez se ve ahora limitada por el establecimiento de excepciones y restricciones que restringen su alcance como consecuencia de políticas migratorias en las que los potenciales países de destino han colaborado con los países de origen y de tránsito para contener o para impedir la salida de las personas sin títulos jurídicos para emigrar regularmente. El número de las restricciones es tal que cabe preguntarse si las excepciones a la regla han menoscabado su contenido y su aplicación..

Palabras clave: derecho a abandonar un país, excepciones, restricciones, *soft law*, derechos humanos, Naciones Unidas, Consejo de Europa, Unión Europea.

ABSTRACT

THE HUMAN RIGHT TO LEAVE A COUNTRY, INCLUDING ONE'S OWN: EXCEPTIONS TO THE RULE

The right to leave a country, including one's own, is enshrined in Article 13 of the Universal Declaration of Human Rights and Article 12 of the International Covenant on Civil and Political Rights. It is also incorporated in Article 2 of Protocol 4 to the European Convention on Human Rights. This right is marked both by its nature as a human right necessary for the enjoyment of rights such as the right to seek asylum or refuge, and by the restrictions that states may impose on it for reasons of security, public order and migration

control. However, the right to leave a country does not constitute a sufficient legal entitlement for the choice of the country of destination. Its broad conception when it was first formulated is now limited by the establishment of exceptions and restrictions that restrict its scope as a consequence of migration policies in which potential destination countries have collaborated with countries of origin and transit to contain or prevent the departure of persons without legal qualifications to migrate regularly. The number of restrictions is such that it is reasonable to wonder whether the exceptions to the rule have diminished its content and applicability.

Keywords: right to leave a country, exceptions, restrictions, soft law, human rights, United Nations, Council of Europe, European Union.