



Asamblea General

Distr. limitada
30 de julio de 2010
Español
Original: francés

Comisión de Derecho Internacional

62º período de sesiones

Ginebra, 3 de mayo a 4 de junio
y 5 de julio a 6 de agosto de 2010

Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 62º período de sesiones

Relator: Sr. Stephen Vasciannie

Capítulo V Expulsión de extranjeros

A. Introducción

1. En su 56º período de sesiones (2004), la Comisión decidió incluir el tema "Expulsión de extranjeros" en su programa de trabajo y nombrar Relator Especial del tema al Sr. Maurice Kamto¹. La Asamblea General, en el párrafo 5 de su resolución 59/41, de 2 de diciembre de 2004, aprobó la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa.
2. En su 57º período de sesiones (2005), la Comisión examinó el informe preliminar presentado por el Relator Especial (A/CN.4/554)².
3. En su 58º período de sesiones (2006), la Comisión tuvo ante sí el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/573 y Corr.1) y un estudio preparado por la Secretaría

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/59/10)*, párr. 364. En su 50º período de sesiones (1998), la Comisión tomó nota del informe del Grupo de Planificación en el que se seleccionaba, entre otros, el tema "Expulsión de extranjeros" para que se incluyera en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión (ibíd., *quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/53/10)*, párr. 554) y, en su 52º período de sesiones (2000), aprobó esa recomendación (ibíd., *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/55/10)*, párr. 729). En un anexo al informe de la Comisión sobre la labor realizada en este período de sesiones se incluyó un breve resumen en el que se exponía el planteamiento y la estructura general que se podrían adoptar en relación con el tema (ibíd., anexo). En el párrafo 8 de su resolución 55/152, de 12 de diciembre de 2000, la Asamblea General aprobó la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo a largo plazo.

² Ibíd., *sexagésimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/60/10)*, párrs. 242 a 274.

(A/CN.4/565 y Corr.1). La Comisión decidió examinar el segundo informe en su siguiente período de sesiones, en 2007³.

4. En su 59º período de sesiones (2007), la Comisión examinó los informes segundo y tercero presentados por el Relator Especial (A/CN.4/573 y Corr.1, y A/CN.4/581) y remitió al Comité de Redacción los proyectos de artículos 1 y 2, revisados por el Relator Especial⁴, y los proyectos de artículos 3 a 7⁵.

5. En su 60º período de sesiones, la Comisión examinó el cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/594) y decidió crear un grupo de trabajo presidido por el Sr. Donald M. McRae, para que examinara las cuestiones que planteaba la expulsión de personas con doble nacionalidad o nacionalidad múltiple y la privación de la nacionalidad en relación con la expulsión⁶. En el mismo período de sesiones, la Comisión aprobó las conclusiones del mencionado Grupo de Trabajo y pidió al Comité de Redacción que las tuviera en cuenta en sus trabajos⁷.

6. En su 61º período de sesiones, la Comisión examinó el quinto informe presentado por el Relator Especial (A/CN.4/611 y Corr.1). A petición de la Comisión, el Relator Especial presentó luego una nueva versión de los proyectos de artículos sobre la protección de los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión, revisados y reordenados a la luz del debate celebrado en sesión plenaria (A/CN.4/617). También presentó a la Comisión un nuevo proyecto de plan de trabajo con miras a la ordenación del conjunto del proyecto de artículos (A/CN.4/618). La Comisión decidió aplazar el examen de los proyectos de artículos revisados hasta su 62º período de sesiones⁸.

B. Examen del tema en el presente período de sesiones

7. En el presente período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí los proyectos de artículos sobre la protección de los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión, revisados y reordenados por el Relator Especial (A/CN.4/617), el nuevo proyecto de plan de trabajo con miras a la ordenación del conjunto del proyecto de artículos (A/CN.4/618) y el sexto informe presentado por el Relator Especial (A/CN.4/625 y Add.1), que examinó en su 3036ª sesión, el 3 de mayo de 2010, sus sesiones 3038ª a 3041ª, los días 5, 6, 7 y 10 de mayo de 2010, su 3044ª sesión, el 14 de mayo de 2010, y sus sesiones 3062ª a 3066ª, los días 9, 13, 14, 15 y 16 de julio de 2010. La Comisión también tuvo ante sí las observaciones e informaciones comunicadas hasta ese momento por los gobiernos⁹.

8. En su 3040ª sesión, el 7 de mayo de 2010, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículos 8 a 15, relativos a la protección de los derechos

³ *Ibíd.*, *sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/61/10), párr. 252.

⁴ *Ibíd.*, *sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/62/10), notas 401 y 402.

⁵ *Ibíd.*, notas 396 a 400.

⁶ *Ibíd.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/63/10), párr. 170.

⁷ Estas conclusiones eran las siguientes: 1) en el comentario de los proyectos de artículo había que indicar que, a los efectos de los artículos, el principio de la no expulsión de los propios nacionales también se aplicaba a las personas que hubieran adquirido legalmente otra nacionalidad o varias nacionalidades, y 2) en el comentario había que aclarar que los Estados no debían recurrir a la privación de la nacionalidad para eludir las obligaciones que les incumbían en virtud del principio de no expulsión de los nacionales; *ibíd.*, párr. 171.

⁸ *Ibíd.*, *sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/64/10), párr. 91.

⁹ Véase A/CN.4/604 y A/CN.4/628 y Add.1.

humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión, tal como los había revisado y reordenado el Relator Especial en el documento A/CN.4/617.

9. En su 3066ª sesión, el 16 de julio de 2010, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículos A y 9 tal como figuraban en el sexto informe del Relator Especial (A/CN.4/625), los proyectos de artículos B1 y C1 tal como figuraban en la adición 1 del sexto informe (A/CN.4/625/Add.1) y los proyectos de artículos B¹⁰ y A1¹¹ tal como los había revisado el Relator Especial durante el período de sesiones.

1. Examen de los proyectos de artículos revisados y reordenados sobre la protección de los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión

a) Presentación de los proyectos de artículos por el Relator Especial

10. El Relator Especial indicó que el examen, por la Comisión, del quinto informe sobre la expulsión de extranjeros (A/CN.4/611) había puesto de manifiesto una incompreensión de las intenciones del Relator Especial sobre la cuestión de la protección de los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión como límite del derecho del Estado a expulsar extranjeros. Así, se había expresado el deseo de que el proyecto de artículo 8 propuesto en el quinto informe se reformulara para afirmar claramente el principio de la protección integral de los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión. Además, se habían propuesto ciertas enmiendas a los otros proyectos de artículos relativos a esa cuestión. Por lo tanto, la Comisión había pedido al Relator Especial que le presentara una nueva versión de los proyectos de artículos, teniendo en cuenta los comentarios formulados durante el debate. El Relator Especial había dado curso a esa petición durante el 61º período de sesiones revisando, en el documento A/CN.4/617, los proyectos de artículos en cuestión y reagrupándolos en cuatro secciones, respectivamente dedicadas a las "Normas generales", la "Protección requerida del Estado autor de la expulsión", la "Protección contra los riesgos de violación de los derechos humanos en el Estado de destino" y la "Protección en el Estado de tránsito".

11. La sección A, dedicada a las "Normas generales", comprendía los proyectos de artículos 8, 9 y 10 en su versión revisada. En el proyecto de artículo 8 revisado¹², titulado "Obligación general de respetar los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión", la expresión "derechos fundamentales" se había reemplazado por la expresión "derechos humanos", más amplia y no limitativa. Además, la parte de la frase que dice "en particular los enunciados en el presente proyecto de artículos" se había agregado para subrayar, por un lado, que no se tenía la intención de introducir una jerarquía entre los derechos humanos que debían respetarse en el marco de la expulsión y, por el otro, que la lista de derechos puestos en evidencia en el proyecto de artículos no era exhaustiva.

12. El proyecto de artículo 9 revisado¹³, que correspondía al antiguo proyecto de artículo 10 y se titulaba "Obligación de respetar la dignidad de la persona expulsada o en vías de

¹⁰ Véase *infra*, nota 28.

¹¹ Véase *infra*, nota 37.

¹² El proyecto de artículo 8 estaba formulado así:

Obligación general de respetar los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión

Toda persona expulsada o en vías de expulsión tiene derecho a que se respeten sus derechos humanos, en particular los enunciados en el presente proyecto de artículos.

¹³ El proyecto de artículo 9 revisado estaba formulado así:

expulsión", se había integrado en la sección dedicada a las "Normas generales" para subrayar su alcance general. Como el derecho a la dignidad se preveía en este caso en el contexto específico de la expulsión, el párrafo 1 del antiguo proyecto de artículo 10, que enunciaba la norma general de la inviolabilidad de la dignidad humana, se había suprimido.

13. El proyecto de artículo 10 revisado¹⁴, titulado "Obligación de no discriminar [Regla de la no discriminación]", correspondía al antiguo proyecto de artículo 14. También se había integrado en la sección dedicada a las "Normas generales" para subrayar su alcance general. La fórmula "entre las personas expulsadas o en vías de expulsión" se había insertado en el párrafo 2 para tener en cuenta las observaciones de varios miembros de la Comisión que habían insistido en que la no discriminación debía aplicarse en este caso entre los extranjeros sujetos a expulsión y no entre esos extranjeros y los nacionales del Estado autor de la expulsión.

14. La sección B, dedicada a la "Protección requerida del Estado autor de la expulsión", comprendía los proyectos de artículos 11, 12 y 13 revisados, así como un futuro proyecto de artículo que el Relator Especial tenía previsto elaborar sobre las condiciones de retención y trato de la persona expulsada o en vías de expulsión. El proyecto de artículo 11 revisado¹⁵, titulado "Obligación de proteger la vida de la persona expulsada o en vías de expulsión", era una combinación del párrafo 1 del antiguo proyecto de artículo 9 y del párrafo 1 (convertido en este caso en párrafo 2) del antiguo proyecto de artículo 11. El reagrupamiento realizado de esa manera tenía por finalidad responder al deseo expresado por ciertos miembros de la Comisión de que se distinguieran las obligaciones del Estado autor de la expulsión y las del Estado de destino. La adición de la expresión "o en un territorio bajo su jurisdicción" tenía por finalidad responder a preocupaciones expresadas por otros miembros de la Comisión.

15. El proyecto de artículo 12 revisado¹⁶, titulado "Obligación de respetar el derecho a la vida familiar", correspondía al antiguo proyecto de artículo 13. La referencia a la vida

Obligación de respetar la dignidad de la persona expulsada o en vías de expulsión

La dignidad de una persona expulsada o en vías de expulsión deberá ser respetada y protegida en cualquier circunstancia.

¹⁴ El proyecto de artículo 10 revisado estaba formulado así:

Obligación de no discriminar [Regla de la no discriminación]

1. El Estado ejercerá su derecho de expulsión con respecto a las personas afectadas sin discriminación alguna, en particular por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. La no discriminación se aplicará asimismo, entre las personas expulsadas o en vías de expulsión, al disfrute de los derechos y libertades establecidos en las normas internacionales de derechos humanos y en la legislación del Estado autor de la expulsión.

¹⁵ El proyecto de artículo 11 revisado estaba formulado así:

Obligación de proteger la vida de la persona expulsada o en vías de expulsión

1. El Estado autor de la expulsión protegerá el derecho a la vida de la persona expulsada o en vías de expulsión.

2. Un Estado no podrá someter a una persona expulsada o en vías de expulsión a tortura ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes en su territorio o en un territorio bajo su jurisdicción.

¹⁶ El proyecto de artículo 12 revisado estaba formulado así:

Obligación de respetar el derecho a la vida familiar

privada se había suprimido en este proyecto de artículo, conforme al deseo expresado por ciertos miembros de la Comisión. Además, a raíz de una propuesta formulada por otros miembros, la referencia a la "ley" se había reemplazado por una referencia al "derecho internacional" en el párrafo 2.

16. El proyecto de artículo 13 revisado¹⁷, titulado "El caso específico de las personas vulnerables", tenía por finalidad hacer extensiva a todas las "personas vulnerables" la protección que el antiguo proyecto de artículo 12 reservaba a los niños en vías de expulsión. Mientras que el párrafo 1 indicaba las personas concernidas, el párrafo 2 era nuevo y sustituía el párrafo 2 del antiguo proyecto. Ponía en evidencia que lo que debía prevalecer en caso de expulsión de un niño era el interés superior de éste, principio que podía exigir asimismo, en ciertos casos, que el niño estuviera privado de libertad en las mismas condiciones que un adulto para no estar separado de éste.

17. Los proyectos de artículos 14 y 15 revisados constituían la sección C, dedicada a la "Protección contra los riesgos de violación de los derechos humanos en el Estado de destino".

18. El proyecto de artículo 14 revisado¹⁸, que se titulaba "Obligación de garantizar el respeto del derecho a la vida y a la libertad individual de la persona expulsada o en vías de expulsión en el Estado de destino", era una reformulación del antiguo proyecto de artículo 9, en particular en su párrafo 1. El Relator Especial se había esforzado por tener en cuenta el deseo expresado por ciertos miembros de la Comisión de hacer extensiva la norma de la protección del derecho a la vida a todas las personas expulsadas. Esta disposición de alcance general abarcaba asimismo la situación de los solicitantes de asilo que, por consiguiente, no necesitaba más un trato particular. Ciertos miembros opinaban, en efecto, que el alcance del principio de no devolución debía hacerse extensivo a todas las personas expulsadas o en vías de expulsión, estuvieran en situación regular o no. El principio de no

1. El Estado autor de la expulsión respetará el derecho a la vida familiar de la persona expulsada o en vías de expulsión.

2. Dicho Estado sólo podrá dejar sin efecto el derecho a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo en los casos previstos por el derecho internacional y manteniendo un justo equilibrio entre los intereses del Estado y los de la persona en cuestión.

¹⁷ El proyecto de artículo 13 revisado estaba formulado así:

El caso específico de las personas vulnerables

1. Los niños, las personas de edad, las personas discapacitadas y las mujeres embarazadas, expulsados o en vías de expulsión deberán ser considerados, tratados y protegidos como tales, sea cual fuere el carácter de su estancia.

2. En particular, toda medida relativa a un niño expulsado o en vías de expulsión deberá tomarse en el interés superior del niño.

¹⁸ El proyecto de artículo 14 revisado estaba formulado así:

Obligación de garantizar el respeto del derecho a la vida y a la libertad individual de la persona expulsada o en vías de expulsión en el Estado de destino

1. Nadie podrá ser expulsado o devuelto a un Estado donde su derecho a la vida o su libertad personal estén en peligro de ser violados por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas.

2. El Estado que haya abolido la pena de muerte no podrá expulsar a un extranjero condenado a muerte a un Estado en que esa persona corra el riesgo de ser ejecutada sin obtener antes garantías de que no se ejecutará la pena capital.

3. Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 del presente artículo se aplican igualmente a la expulsión de un apátrida que se encuentre en el territorio del Estado autor de la expulsión.

devolución, que se había impuesto ante todo como principio fundamental del derecho internacional de los refugiados, había superado luego las fronteras de ese derecho para imponerse igualmente en el derecho internacional humanitario y convertirse también en parte integrante de la protección internacional de los derechos humanos. A juicio del Relator Especial, los argumentos extraídos de diversos instrumentos jurídicos universales y de los derechos regionales convergentes ofrecían un fundamento suficiente a la norma enunciada en el párrafo 1 del proyecto de artículo 14.

19. El Relator Especial no había creído oportuno introducir enmiendas al párrafo 2 del proyecto de artículo 14 por las razones expuestas en el párrafo 58 de su quinto informe (A/CN.4/611), a pesar de la preferencia expresada por ciertos miembros de la Comisión por una formulación que presupusiera la prohibición de la pena de muerte. El párrafo 3, que hacía extensiva la protección en cuestión a los apátridas, se había agregado para responder a una preocupación expresada en la Comisión.

20. El proyecto de artículo 15 revisado¹⁹, que se titulaba "Obligación de proteger a la persona expulsada o en vías de expulsión contra la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes en el Estado de destino", correspondía al antiguo proyecto de artículo 11, que se había escindido en razón de la necesidad, sentida por ciertos miembros de la Comisión, de distinguir la protección de los derechos humanos del extranjero expulsado o en vías de expulsión en el Estado autor de la expulsión y en el Estado de destino. Así pues, el nuevo texto del proyecto de artículo 15 reproducía los párrafos 2 y 3 del antiguo proyecto de artículo 11, con la adición, en el párrafo 2 del proyecto de artículo 15, de las palabras "y cuando las autoridades del Estado de destino no estén en condiciones de eludir ese riesgo mediante una protección apropiada", a fin de mantener la fidelidad a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *H. R. L. c. Francia*²⁰.

21. Por último, el proyecto de artículo 16²¹, titulado "Aplicación de las disposiciones del presente capítulo en el Estado de tránsito", era nuevo y tenía por finalidad hacer extensivo el dispositivo de protección de los derechos de la persona expulsada al conjunto del proceso de expulsión y a lo largo de todo el recorrido del Estado autor de la expulsión al Estado de destino.

b) *Resumen del debate*

22. Diversos miembros apoyaron los proyectos de artículos revisados sobre la protección de los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión, en los

¹⁹ El proyecto de artículo 15 revisado estaba formulado así:

**Obligación de proteger a la persona expulsada o en vías de expulsión
contra la tortura y los tratos crueles, inhumanos o
degradantes en el Estado de destino**

1. Un Estado no podrá expulsar a una persona a un país en que exista un riesgo real de que sea sometida a tortura o a tratos crueles, inhumanos o degradantes.
2. Lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo se aplicará igualmente cuando el riesgo emane de personas o grupos de personas que actúen a título particular, y cuando las autoridades del Estado de destino no estén en condiciones de eludir ese riesgo mediante una protección apropiada.

²⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), *H. R. L. c. Francia*, decisión de 29 de abril de 1997, párr. 40.

²¹ El proyecto de artículo 16 estaba formulado así:

Aplicación de las disposiciones del presente capítulo en el Estado de tránsito

Las disposiciones del presente capítulo se aplicarán también a la persona expulsada o en vías de expulsión en el Estado de tránsito.

cuales el Relator Especial había tenido en cuenta la mayoría de los comentarios formulados durante el debate celebrado en el 61º período de sesiones de la Comisión. Sin embargo, se observó que convenía guardar prudencia en cuanto al nivel de protección que debía reconocerse a las personas en el proyecto de artículos, ya que la Comisión debía enunciar los principios de derecho internacional general y no elaborar un instrumento de protección de los derechos humanos que cada Estado podría libremente aceptar o no.

23. En cuanto al proyecto de artículo 9, relativo al respeto de la dignidad de la persona expulsada o en vías de expulsión, ciertos miembros reiteraron su punto de vista de que la dignidad humana era un principio general que inspiraba el conjunto de los derechos humanos y no un derecho humano específico. Se propuso que se enunciara la exigencia del respeto de la dignidad en una sección introductoria del proyecto de artículos, llegado el caso entre los principios. También se señaló que ciertos aspectos de la protección de la dignidad estaban cubiertos por el párrafo 2 del proyecto de artículo 11, que prohibía la tortura y los tratos inhumanos o degradantes. Según otro punto de vista, la noción de dignidad revestía una importancia particular en el contexto de la expulsión, pues solía suceder que un extranjero sujeto a expulsión sufriera violaciones de su dignidad que no correspondían necesariamente a la violación de un derecho humano específico. Con respecto a la formulación del proyecto de artículo 9, se insistió en que la dignidad a la cual se hacía referencia en el presente contexto era la misma para cada ser humano y no debía confundirse con un sentimiento subjetivo de honor u orgullo que podía variar de una persona a otra. Desde ese punto de vista, se propuso que se reprodujera, en el proyecto de artículo 9, la fórmula del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, refiriéndose al "respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

24. En lo que respecta al proyecto de artículo 10, relativo a la no discriminación, se señaló que su versión revisada no tenía debidamente en cuenta las preocupaciones de ciertos miembros que estimaban que podían existir razones legítimas para realizar diferenciaciones entre categorías de extranjeros en cuanto a la expulsión, por ejemplo entre nacionales de Estados miembros o no miembros de la Unión Europea, o en el contexto de un acuerdo de readmisión. Se propuso que la posibilidad de realizar "discriminaciones positivas" fundadas en la existencia de un régimen de libre circulación de las personas se reconociera en el comentario. También se expresaron ciertas dudas sobre el sentido y el alcance del párrafo 2. En particular, se observó que se podía prever procedimientos diferentes en materia de expulsión, en función de la legalidad o no de la presencia del extranjero en el territorio del Estado autor de la expulsión.

25. En cuanto al proyecto de artículo 11, se observó que era importante asegurarse de que la obligación del Estado de respetar y garantizar el respeto de los derechos humanos no se limitara a los espacios sobre los cuales los Estados ejercen su jurisdicción territorial. Más generalmente, se propuso que se aclarase la referencia a las nociones de "territorio" y "jurisdicción".

26. Por lo que se refiere al proyecto de artículo 12, se observó que la referencia a los "casos previstos por el derecho internacional" era más bien vaga.

27. Con respecto al proyecto de artículo 14, ciertos miembros propusieron que se reforzara la protección que ofrecía el párrafo 2. En particular, reiteraron la propuesta destinada a ampliar el alcance de la protección conferida por ese párrafo a las situaciones en las cuales, aunque la pena de muerte no se hubiera pronunciado contra el extranjero en cuestión, existía el riesgo de que lo fuera en el Estado de destino. Además, se expresaron dudas sobre la necesidad de un párrafo 3 dedicado específicamente a los apátridas.

28. En cuanto al proyecto de artículo 15, se expresaron dudas sobre la formulación, considerada demasiado amplia, de su párrafo 2, que tenía por objeto las situaciones en las

cuales la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes emanaran de personas que actuasen a título privado.

2. Examen del sexto informe del Relator Especial

a) *Presentación del Relator Especial*

29. El sexto informe (A/CN.4/625 y Add.1) concluía el estudio de las "normas generales" y, en su adición 1, hacía referencia a las normas de procedimiento en materia de expulsión. En cuanto al análisis de las legislaciones nacionales en particular, el Relator Especial se había basado ampliamente en el estudio de la Secretaría sobre el tema (A/CN.4/565 y Corr.1).

30. En primer lugar, el Relator Especial retomaba la cuestión de la expulsión colectiva para disipar las preocupaciones expresadas por algunos miembros respecto del párrafo 3 del proyecto de artículo 7, propuesto en el tercer informe (A/CN.4/581) y remitido al Comité de Redacción por la Comisión en 2007²². Esa disposición preveía la posibilidad de expulsar colectivamente a los extranjeros nacionales de un Estado inmerso en un conflicto armado cuando esos extranjeros "se muestren hostiles, como grupo, hacia el Estado de acogida". Sobre la base del análisis de las disposiciones pertinentes de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977, el Relator Especial había llegado a la conclusión de que esa disposición no era contraria al derecho internacional humanitario.

31. En el informe se trataba a continuación el tema de "la expulsión encubierta", expresión que designaba las situaciones en las que un Estado colaboraba en la comisión de actos por sus ciudadanos con el fin de obligar a un extranjero a abandonar su territorio o de provocar la salida de ese extranjero, o toleraba esos actos. Ese tipo de expulsión era, por naturaleza, contraria al derecho internacional por cuanto atentaba contra los derechos humanos de la persona expulsada y no respetaba las normas de procedimiento que garantizaban a la persona expulsada la posibilidad de defender sus derechos. Por consiguiente, el párrafo 1 del proyecto de artículo A²³ disponía la prohibición de la expulsión encubierta, tal como se definía en el párrafo 2.

32. En el sexto informe se trataba también la cuestión de la extradición encubierta como expulsión. El proyecto de artículo 8²⁴ establecía, a título de desarrollo progresivo del derecho internacional, la prohibición de esa práctica, condenada por algunos tribunales

²² Véase el texto en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/62/10), nota 400.

²³ El texto del proyecto de artículo A era el siguiente:

Prohibición de la expulsión encubierta

1. Queda prohibida toda forma de expulsión encubierta de un extranjero.
2. A efectos del presente proyecto de artículo, se entiende por expulsión encubierta la salida forzosa de un extranjero de un Estado que resulte de acciones u omisiones de dicho Estado o de situaciones en que ese Estado apoye o tolere actos cometidos por sus ciudadanos con miras a provocar la salida de personas de su territorio.

²⁴ El texto del proyecto de artículo 8 era el siguiente:

Prohibición de la extradición encubierta como expulsión

Sin perjuicio del procedimiento normal de extradición, no se deberá expulsar a un extranjero, sin su consentimiento, a un Estado que haya solicitado su extradición ni a un Estado que tenga un interés particular en responder favorablemente a esa solicitud.

nacionales y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su fallo *Bozano*²⁵. No obstante, cabía observar que en la extradición encubierta como expulsión el principal motivo de la expulsión era la extradición; en otras palabras, la expulsión tenía por objeto eludir las disposiciones del derecho interno que permitieran impugnar la legalidad del procedimiento de extradición. A este respecto, la jurisprudencia nacional se basaba en particular en el objeto de la expulsión y la intención de los Estados en cuestión.

33. El sexto informe contenía seguidamente extensas consideraciones sobre los motivos de expulsión. Los motivos consignados en las convenciones internacionales y en la jurisprudencia internacional parecían limitarse esencialmente al orden público y la seguridad nacional. Sin embargo, las legislaciones nacionales preveían otros motivos de diversa naturaleza. La jurisprudencia internacional proporcionaba escasas precisiones sobre el contenido de las nociones de orden público y seguridad nacional, cuya definición se dejaba en gran medida al derecho interno. En esas condiciones, el Relator Especial opinaba que era sumamente difícil hacer una enumeración exhaustiva de los motivos de expulsión. Dicho esto, había estudiado la cuestión de los criterios de apreciación de los motivos de expulsión atendidas la jurisprudencia internacional regional, la jurisprudencia nacional y la doctrina.

34. Sobre esta base el Relator Especial había propuesto un proyecto de artículo 9²⁶ relativo a los diferentes aspectos vinculados con los motivos de expulsión y su apreciación, que sin duda valía la pena precisar en el comentario. En el párrafo 1 se enunciaba la exigencia de que toda decisión de expulsión estuviera motivada. El párrafo 2 mencionaba, en particular, el orden público y la seguridad nacional entre los motivos que podían justificar la expulsión de un extranjero, expulsión que debía realizarse de conformidad con la ley. En el párrafo 3 se especificaba que el motivo de expulsión invocado debía ajustarse al derecho internacional. Finalmente, el párrafo 4 enumeraba ciertas exigencias con respecto a la apreciación del motivo de la expulsión por parte del Estado autor de la expulsión, a saber, el respeto del principio de buena fe, el carácter razonable de la apreciación y la consideración de la gravedad de los hechos y la inminencia de la amenaza conexa, todo ello a la luz de las circunstancias y del comportamiento de la persona en cuestión.

35. El sexto informe abordaba también las condiciones de detención de la persona en vías de expulsión. El proyecto de artículo B²⁷ se titulaba inicialmente "Obligación de

²⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Bozano c. Francia*, fallo de 18 de diciembre de 1986, párr. 60.

²⁶ El texto del proyecto de artículo 9 era el siguiente:

Motivos de expulsión

1. Toda decisión de expulsión deberá estar motivada.
2. Un Estado podrá, en particular, expulsar a un extranjero por motivos de orden público o de seguridad pública, de conformidad con la ley.
3. Un Estado no podrá expulsar a un extranjero por un motivo contrario al derecho internacional.
4. El motivo de expulsión deberá ser evaluado de buena fe y de manera razonable, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos y la inminencia de la amenaza que suponen, a la luz de las circunstancias y del comportamiento de la persona de que se trate.

²⁷ El texto del proyecto de artículo B, tal como figuraba en el sexto informe, era el siguiente:

Obligación de respetar los derechos humanos del extranjero durante su expulsión o en el período de detención con miras a su expulsión

respetar los derechos humanos del extranjero durante su expulsión o en el período de detención con miras a su expulsión" y comprendía cuatro párrafos. No obstante, el Relator Especial había decidido presentar una versión revisada de ese proyecto de artículo²⁸ a la Comisión, durante el período de sesiones, en la que se modificaba el título y se suprimía el párrafo 1. Con esos cambios se pretendía circunscribir el alcance de la disposición al tema de la detención en espera de la expulsión a fin de evitar toda duplicación con los proyectos de artículos al enunciar, en términos generales, la obligación de respetar los derechos humanos y la dignidad de la persona expulsada o en vías de expulsión²⁹. El proyecto de artículo B codificaba normas que ya estaban expresamente enunciadas en ciertos instrumentos jurídicos internacionales o consagradas por la jurisprudencia internacional, incluso regional, o reconocidas en la mayor parte de las legislaciones nacionales.

36. En una adición a su sexto informe (A/CN.4/625/Add.1) el Relator Especial había examinado la cuestión de los procedimientos de expulsión. En ese contexto había estudiado en primer lugar la distinción entre los extranjeros en situación legal y los extranjeros en

1. La expulsión de un extranjero deberá realizarse de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos. Deberá llevarse a cabo con humanidad, sin rigores innecesarios y respetando la dignidad de la persona de que se trate.

2. a) La detención de un extranjero con miras a su expulsión deberá realizarse en un lugar adecuado, distinto del lugar en que estén detenidas las personas condenadas a penas privativas de libertad, y respetando los derechos humanos de la persona de que se trate.

b) La detención de un extranjero expulsado o en vías de expulsión no deberá tener carácter punitivo.

3. a) El período de detención no podrá ser indefinido. Deberá limitarse al tiempo razonablemente necesario para ejecutar la decisión de expulsión. Quedan prohibidas las detenciones de duración excesiva.

b) La prolongación del período de detención solo podrá ser decidida por un órgano judicial o por una persona que pueda ejercer funciones judiciales.

4. a) La decisión de detención deberá examinarse periódicamente, en plazos determinados, sobre la base de criterios precisos definidos por la ley.

b) Se pondrá fin a la detención cuando la decisión de expulsión no pueda ejecutarse por motivos que no sean imputables a la persona de que se trate.

²⁸ En su versión revisada, el texto del proyecto de artículo B era el siguiente:

Obligación de respetar los derechos humanos de los extranjeros detenido en espera de expulsión

1. a) Los extranjeros en espera de expulsión deberán estar detenidos en un lugar adecuado que no sea aquel en el que están detenidas las personas condenadas a penas de privación de libertad, y deberán respetarse sus derechos humanos.

b) La detención de un extranjero expulsado o en vías de expulsión no deberá revestir un carácter punitivo.

2. a) La detención no podrá ser de duración ilimitada, sino que deberá circunscribirse al período que sea razonablemente necesario para la ejecución de la decisión de expulsión. Quedan prohibidas las detenciones de duración excesiva.

b) La prolongación de la detención sólo podrá ser decidida por un tribunal o por una persona facultada para ejercer funciones judiciales.

3. a) La decisión de detener a un extranjero deberá ser objeto de examen periódico a intervalos determinados, y basarse en criterios precisos definidos por la ley.

b) La detención quedará sin efecto cuando la decisión de expulsión no pueda ejecutarse por motivos ajenos a la voluntad de la persona interesada.

²⁹ Se trataba de los proyectos de artículo 8 y 9, en su versión revisada, presentados por el Relator Especial en el documento A/CN.4/617; véase *supra*, notas 12 y 13.

situación ilegal, que encontraba un fundamento, por lo menos implícito, en algunas convenciones internacionales y que estaba ampliamente consagrada en la práctica de los Estados. En opinión del Relator Especial, se trataba de una distinción de innegable pertinencia en cuanto a las normas de procedimiento, pero que no podía tener cabida en cuanto al respeto de los derechos humanos de la persona expulsada.

37. Los procedimientos aplicables a la expulsión de los extranjeros que se encontraban de manera ilegal en el territorio del Estado autor de la expulsión variaban considerablemente según los Estados, por lo que el Relator Especial había decidido que la mejor opción era que las legislaciones nacionales se encargaran de reglamentarlos, sin perjuicio del derecho de un Estado a otorgar a esos extranjeros las mismas garantías que a los extranjeros que se hallaran legalmente en su territorio. Ese era el sentido del proyecto de artículo A1³⁰, en el que, con la salvedad indicada, se limitaba el alcance de los proyectos de artículos siguientes a los extranjeros que se encontraran legalmente (o en situación regular) en el territorio del Estado autor de la expulsión.

38. Las garantías enunciadas en los proyectos de artículos B1 y C1 con respecto a los extranjeros en situación regular procedían de las disposiciones de varios instrumentos universales y regionales de protección de los derechos humanos, entre los cuales cabía destacar el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El proyecto de artículo B1³¹ consagraba la garantía fundamental según la cual la expulsión sólo podía realizarse en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley. Consagrada en instrumentos universales y regionales, así como en varias legislaciones nacionales, esa garantía también se fundaba en el principio según el cual el Estado debía respetar las normas que había dictado (*patere legem o patere regulam quam fecisti*).

39. Los extranjeros que se hallaran legalmente en el territorio del Estado autor de la expulsión gozaban además de ciertas garantías procesales enumeradas en el proyecto de artículo C1³². La mayoría de ellas se fundaban no solo en las leyes nacionales, sino también

³⁰ El texto del proyecto de artículo A1 era el siguiente:

Ámbito de aplicación de las [presentes] normas de procedimiento

1. Los proyectos de artículos de la presente parte se aplican en caso de expulsión de un extranjero que se halle legalmente [en situación regular] en el territorio del Estado que lo expulsa.
2. Sin embargo, un Estado puede aplicarlas también a la expulsión de un extranjero que haya entrado ilegalmente en su territorio, en particular cuando dicho extranjero goza en él de un estatuto particular previsto en la ley, o cuando ha residido allí durante cierto tiempo.

³¹ El texto del proyecto de artículo B1 era el siguiente:

Obligación de conformidad con la ley

El extranjero que se halle legalmente [en situación regular] en el territorio de un Estado sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.

³² El texto del proyecto de artículo C1 era el siguiente:

Derechos procesales del extranjero sujeto a expulsión

1. El extranjero sujeto a expulsión goza de los siguientes derechos procesales:
 - a) El derecho a ser notificado de la decisión de expulsión;
 - b) El derecho a impugnar la expulsión [la decisión de expulsión];
 - c) El derecho a ser oído;
 - d) El derecho a acceder sin discriminación a recursos eficaces para impugnar la decisión de expulsión;
 - e) El derecho a la protección consular;

en el derecho convencional. A falta de un fundamento explícito en el derecho convencional o en decisiones judiciales internacionales, el derecho a la asistencia jurídica estaba consagrado en varias legislaciones nacionales y estaba confirmado asimismo en el derecho de la Unión Europea; el derecho a la asistencia jurídica figuraba en la lista del proyecto de artículo C1, a título de desarrollo progresivo. El derecho a la traducción y a la interpretación podía consagrarse como principio de procedimiento generalmente reconocido.

40. El Relator Especial indicó además que, entretanto, había concluido una segunda adición a su sexto informe, relativa a las consecuencias jurídicas de la expulsión, que la Comisión podría examinar en su 63º período de sesiones.

b) *Resumen del debate*

41. En cuanto al método se ha sugerido que se considere la posibilidad de reorganizar los proyectos de artículos, lo que se podría hacer en cinco partes: una primera parte sobre el campo de aplicación de los proyectos de artículos y sobre la definición de "expulsión"; una segunda sobre las condiciones sustanciales que se deben cumplir para que una expulsión se ajuste al derecho internacional; una tercera relativa a los aspectos procesales; una cuarta dedicada a los bienes de la persona expulsada, y una quinta parte sobre las obligaciones jurídicas del Estado de tránsito o de destino.

42. Aunque se han expresado dudas con respecto a la pertinencia de algunas fuentes y de la fiabilidad de algunas informaciones utilizadas en el sexto informe, se subrayaron al mismo tiempo la riqueza y la representatividad de los materiales utilizados. Pero se afirmó que el informe habría podido tener mayormente en cuenta la práctica de los Estados de ciertas regiones del mundo y las posiciones expresadas por ellos en foros internacionales. Se observó que la incertidumbre de los resultados podría deducirse de las fuentes consultadas, lo que indicaba que el tema no había alcanzado la madurez necesaria para su codificación; a partir de ahí se trataba más bien de identificar y de recomendar normas aceptadas para una práctica razonablemente unívoca. Igualmente se reiteró el punto de vista de que el tema se prestaba más a una negociación política que a un ejercicio de codificación y de desarrollo progresivo.

43. Se observó además que era conveniente dar muestras de prudencia en el tratamiento de la práctica y de la jurisprudencia relativa a ciertos regímenes especiales, como el derecho de los refugiados, los mecanismos regionales de protección de los derechos humanos, o, incluso, el derecho de la Unión Europea; por lo demás, tal vez convendría introducir en el proyecto de artículos una cláusula de salvaguardia indicando que no se trataba de reducir la protección ofrecida por los regímenes especiales.

44. Varios miembros apoyaron el proyecto de artículo A, relativo a la prohibición de la expulsión encubierta, aunque algunos de ellos consideraban que era conveniente emplear otra terminología para describir las situaciones que abarcaba esa disposición. En ese contexto se sugirió que se usaran las expresiones "expulsión informal", "expulsión indirecta", "expulsión *de facto*" o, en inglés, "*constructive expulsion*". Se expresó sin embargo la opinión de que las situaciones previstas en el sexto informe con respecto a ese proyecto de artículo eran muy diversas; de ahí que fuera conveniente también reformular

-
- f) El derecho a un asesor;
 - g) El derecho a asistencia jurídica;
 - h) El derecho a la interpretación y a la traducción a un idioma que comprenda.

2. Los derechos enumerados en el párrafo 1 *supra* son sin perjuicio de las demás garantías procesales previstas en la ley.

esa disposición sobre la base de la premisa de que el comportamiento por el cual un Estado entiende expulsar a un extranjero debe tratarse como una expulsión independientemente de las formas que asuma. Según un punto de vista diferente, el verdadero problema que se plantea en los casos previstos en esa sección deriva de la violación de las garantías procesales y materiales de la persona que se pretende expulsar. De ahí que sería preferible limitarse a incluir, en el proyecto de artículos, una disposición en que se enunciaran las condiciones que debían reunirse a los efectos de la expulsión de un extranjero.

45. Varios miembros apoyaron la opinión del Relator Especial de que la expulsión encubierta era por su naturaleza contraria al derecho internacional, ya que violaba todas las garantías procesales y no permitía la protección de los derechos de la persona expulsada. Se sugirió además que se precisara que la prohibición enunciada en el proyecto de artículo A se extendía igualmente a los Estados de destino o de tránsito.

46. En cuanto a la definición de la expulsión encubierta que figura en el párrafo 2 del proyecto de artículo A, se criticó el uso de la expresión "salida forzosa", subrayando que la prohibición en cuestión debía abarcar también situaciones en las que un extranjero se viera obligado, aunque no se recurriera a la fuerza física, a salir del territorio de un Estado. Algunos miembros subrayaron que era conveniente distinguir las situaciones previstas en ese proyecto de artículo de otras situaciones, como algunas incitaciones a la salida, que no podían ser necesariamente asimilables a una expulsión encubierta. Siempre a propósito de la definición se observó que las palabras "acciones u omisiones" carecían de claridad y no permitían distinguir de manera apropiada la expulsión encubierta de una expulsión ordinaria. Por otra parte, se consideró que la definición propuesta iba demasiado lejos en la medida que incluía también las situaciones, cuya existencia parecía difícil determinar objetivamente, en que un Estado "apoya o tolera acciones cometidas por sus ciudadanos con miras a provocar la salida de los individuos de su territorio".

47. Algunos miembros apoyaron, en cuanto desarrollo progresivo del derecho internacional, el proyecto de artículo 8, relativo a la interdicción de la extradición encubierta como expulsión. Se observó a este respecto que correspondía incluir en el proyecto una disposición relativa a la extradición encubierta en la medida que tendía a prohibir una expulsión realizada por motivos distintos de los que normalmente podrían justificar una medida de ese tipo. Se preguntó asimismo si el Relator Especial entendía abordar la cuestión de los fundamentos del principio *male captus bene detentus*. Otros miembros por el contrario pusieron en duda la oportunidad del proyecto de artículo, incluso en cuanto desarrollo progresivo; observaron, en particular, que no correspondía incluir, entre los proyectos de artículos, una disposición que se refería más bien al tema de la extradición que al de la expulsión. Se hizo notar que esto era tanto más cierto si el objetivo del proyecto de artículo consistía en proteger la integridad del régimen de extradición.

48. Según algunos miembros el artículo 8 en la forma en que lo proponía el Relator Especial tenía un alcance demasiado vasto. Se observó que esta forma de expulsión no estaba prohibida en forma categórica por la jurisprudencia, en particular la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se propuso por ello que esa disposición se redactara de manera menos amplia y más precisa. Según un punto de vista convendría limitar el alcance de esa disposición con una referencia al criterio de *intención* para prohibir el uso por un Estado del procedimiento de expulsión con el objeto de soslayar las limitaciones impuestas a la extradición en virtud de sus obligaciones internacionales o de su propia legislación. Se propuso además que se invirtiera la formulación de esa regla de manera de enunciar que se puede expulsar a un extranjero cuando se reúnen las condiciones para su expulsión, independientemente del hecho, o de la posibilidad, de que el extranjero en cuestión sea objeto de una solicitud de extradición.

49. Algunos miembros expresaron su apoyo al proyecto de artículo 9. Se observó en especial que el párrafo 1, en que se enunciaba la exigencia de que toda decisión de expulsión debía ser fundada, reflejaba una norma establecida de derecho internacional.

50. Algunos miembros apoyaron asimismo el párrafo 2 del proyecto de artículo 9, que reconocía una importancia particular a los motivos de orden público y de seguridad nacional, sin excluir sin embargo otros motivos, y que enunciaba asimismo la condición de que la expulsión se hiciera de conformidad con la ley. Se observó que, si bien los motivos vinculados al orden público y a la seguridad nacional eran los más importantes, no eran sin embargo los únicos, y que confeccionar una lista pretendidamente exhaustiva de motivos de expulsión limitaría en forma indebida la discreción que debía beneficiar al Estado autor de la expulsión para determinar esos motivos. Según otra opinión era dudoso que el orden público y la seguridad nacional pudieran constituir el denominador común del conjunto de los motivos de expulsión. Algunos miembros sugirieron que se incluyera una referencia a otros motivos, como la condena por un delito grave, el ingreso ilegal, la violación de normas administrativas importantes, o las consideraciones de salud pública. Se propuso también que se enunciara que toda expulsión debía basarse en un motivo legítimo y que todo motivo de expulsión debía determinarse de conformidad con la ley.

51. Según un punto de vista diferente convenía limitar los motivos de expulsión al interés público y la seguridad nacional, al menos en una perspectiva de desarrollo progresivo.

52. Varios miembros subrayaron a propósito de los motivos de expulsión la importancia de la distinción entre extranjeros en situación regular y extranjeros en situación irregular, distinción que se confirmaba en numerosas ocasiones en la práctica de los Estados. Se observó a ese respecto que el carácter ilegal de la presencia de un extranjero en el territorio del Estado constituía, según la legislación de varios Estados, motivo de expulsión suficiente, aunque debían respetarse las garantías procesales previstas en el derecho internacional y en el derecho interno.

53. Se sugirió que se diera mayor precisión, en el texto o en el comentario, respecto de los motivos de expulsión contrarios al derecho internacional. En particular, algunos miembros subrayaron que el motivo "cultural" de expulsión, que servía para limitar el número de trabajadores extranjeros en el país, estaba prohibido en el derecho internacional por cuanto violaba el principio de no discriminación. Se evocó asimismo la ilicitud de la expulsión a título de represalia, y se sugirió que se excluyeran los motivos de moralidad.

54. Varios miembros apoyaron el párrafo 3 del proyecto de artículo 9, en que se enunciaba la condición de conformidad del motivo de expulsión con el derecho internacional, así como la enunciación de criterios de apreciación de los motivos de expulsión que figuraba en el párrafo 4 de esa disposición.

55. Algunos miembros apoyaron el proyecto de artículo B, relativo a las condiciones de detención de una persona expulsada o en vías de expulsión. Se saludó en particular que ese proyecto de artículo abordara especialmente el problema serio de las detenciones prolongadas o ilimitadas, y que enunciara normas procesales que tendían a conferir más certidumbre a la condición del extranjero detenido. Según otros miembros las normas que figuraban en el proyecto de artículo B carecían de flexibilidad o eran demasiado detalladas; eso ocurría especialmente en el caso de la exigencia de que la detención de un extranjero en vías de expulsión debía hacerse en un lugar distinto de aquel en que estuvieran detenidas las personas condenadas a penas privativas de libertad. Se observó asimismo que, en algunos casos, la detención de extranjeros en situación irregular podía ser necesaria a los efectos de la determinación de los hechos, es decir, con el fin de proteger a esas personas.

56. En cuanto a las normas de procedimiento relativas a la expulsión, diversos miembros estuvieron de acuerdo con el Relator Especial en que cabía diferenciar entre los extranjeros

en situación legal (o regular) y los extranjeros en situación ilegal (o irregular). Algunos miembros observaron que esa diferencia tenía un fundamento en diversos instrumentos internacionales, en la jurisprudencia internacional y en las legislaciones y la jurisprudencia nacionales.

57. Eso dicho, en tanto ciertos miembros apoyaron el proyecto de artículo A1, otros opinaron que se debían reconocer asimismo algunas garantías procesales, en materia de expulsión, a los extranjeros que se hallaran ilegalmente en el territorio del Estado autor de la expulsión. Desde ese punto de vista se observó que el párrafo 2 del proyecto de artículo A1 era insuficiente ya que, al limitarse a reconocer al Estado autor de la expulsión la facultad de otorgar ciertas garantías procesales a ciertos extranjeros en situación irregular, no hacía sino constatar algo evidente.

58. Se sugirió en especial que se reconociera a los extranjeros que se hallaran ilegalmente en el territorio del Estado autor de la expulsión el derecho a una apreciación equitativa de las condiciones de expulsión por una autoridad competente. Varios miembros opinaron además que el proyecto de artículo B1, según el cual la decisión de expulsión debía tomarse de conformidad con la ley, debía aplicarse por igual a los extranjeros en situación irregular en el territorio del Estado de la expulsión. Algunos miembros consideraron además que ciertas garantías procesales enunciadas en el proyecto de artículo C1 debían beneficiar asimismo a los extranjeros en situación ilegal en igual medida. Se observó que eso era aplicable al derecho a la notificación de la decisión de expulsión (aunque eran posible diferenciaciones con respecto al alcance de este derecho), el derecho a ser oído, el derecho a la traducción y el derecho a la protección consular. Por el contrario, se expresó la opinión de que no había elementos suficientes en la práctica internacional y nacional para otorgar a los extranjeros en situación irregular el derecho a ejercer un recurso para impugnar una decisión de expulsión. Según otro punto de vista sería preferible otorgar a los extranjeros en situación irregular los mismos derechos procesales que se reconocían a los extranjeros en situación regular.

59. Se observó que la necesidad de otorgar ciertas garantías a todos los extranjeros derivaba del concepto mismo del estado de derecho. Se observó asimismo que no siempre era fácil distinguir entre extranjeros presentes legal o ilegalmente en el territorio del Estado de la expulsión, especialmente cuando la presencia de un extranjero en situación irregular se toleraba, y en algunos casos se estimulaba, en ese Estado. Además, algunos miembros estimaron que los extranjeros presentes ilegalmente desde un tiempo atrás en el territorio del Estado de la expulsión debían distinguirse de los extranjeros llegados en fecha reciente y merecían un trato intermedio entre el asignado a éstos y el trato acordado a los extranjeros en situación regular; esto era tanto más cierto por cuanto la presencia de esos extranjeros había sido tolerada por el Estado de la expulsión. Según otro punto de vista la cuestión de saber si era conveniente dar un trato más favorable a los extranjeros cuya presencia ilegal en el territorio del Estado de la expulsión había alcanzado cierta duración correspondía exclusivamente a la legislación nacional del Estado en cuestión.

60. En cuanto a la terminología, se propuso que se elaborara una definición de "extranjero en situación legal en el territorio del Estado autor de la expulsión" inspirándose en la propuesta de la adición 1 del sexto informe³³, que se refería al "extranjero que reuniera las condiciones de ingreso o de estadía determinadas por la legislación del Estado interesado". Además, algunos miembros insistieron en que convenía evitar el recurso a expresiones que pudieran tener una connotación peyorativa, como la de "extranjero ilegal (o irregular)". En efecto, sólo la presencia del extranjero en el territorio del Estado podía calificarse de ilegal o irregular.

³³ Véase A/CN.4/625/Add.1, pág. 7, párr. 15 b).

61. Además, se sugirió que se precisara en los proyectos de artículos que un Estado no estaba facultado para modificar la condición de un extranjero con el fin de evitar otorgarle las garantías procesales de las que gozaban los extranjeros que se encontraban legalmente en su territorio. Se recordó asimismo la posición del Comité de Derechos Humanos, según la cual los derechos otorgados a los extranjeros que se encuentran legalmente en el territorio del Estado autor de la expulsión en virtud del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos son aplicables igualmente en caso de que se impugne la legalidad de la presencia del extranjero en el territorio del Estado autor de la expulsión³⁴.

62. Varios miembros apoyaron en general el proyecto de artículo C1, en que se enunciaban diversos derechos procesales aplicables, en materia de expulsión, a un extranjero que se hallara presente legalmente en el territorio del Estado autor de la expulsión. Algunos miembros consideraron sin embargo que convenía introducir en esa disposición la excepción relativa a la seguridad nacional que figuraba en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

63. En cuanto a las diversas garantías procesales enunciadas en el proyecto de artículo C1, se sugirió que el literal b) hiciera referencia al derecho de recurrir respecto de la decisión de expulsión más bien que respecto de la expulsión misma. En cuanto a la asistencia consular, se sugirió que el comentario se remitiera al artículo 5 e) de la Convención de Viena de 1963 sobre las Relaciones Consulares, en que se afirmaba la existencia de una obligación del Estado de informar a la persona a la cual se aplicaría la expulsión de su derecho a la protección consular. En cuanto al derecho de acceso sin discriminación a un recurso efectivo para impugnar la decisión de expulsión, se observó que, en ese contexto, la no discriminación debía entenderse entre extranjeros y no en el sentido de implicar un principio de tratamiento nacional.

64. Algunos miembros opinaban sin embargo que ciertos derechos procesales enunciados en el proyecto de artículo C1 no estaban claramente establecidos en el derecho internacional. En su opinión, eso ocurría con el derecho a la asistencia jurídica, que, además, podía plantear dificultades financieras a algunos Estados. Se sugirió asimismo que se concibiera esa garantía en términos de tratamiento nacional: en la medida en que los mecanismos de asistencia jurídica existieran en el Estado autor de la expulsión, el extranjero en cuestión debería poder tener acceso a ellos sin discriminación. Según otra proposición, el proyecto de artículo C1 podría prever el otorgamiento de asistencia jurídica en la medida más extensa posible teniendo en cuenta los recursos del Estado autor de la expulsión. Además, se expresó la opinión de que el derecho de ser oído en el contexto de un procedimiento administrativo como la expulsión, el derecho a asesoramiento y el derecho a la traducción y a la interpretación no estaban claramente establecidos en derecho internacional.

65. Algunos miembros consideraron que era conveniente enunciar, a partir de una interpretación del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el derecho a obtener la suspensión de la ejecución de una decisión de expulsión hasta que esa decisión fuera definitiva, a menos que se opusieran a ello razones imperiosas de seguridad nacional.

³⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 15, La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 11 de abril de 1986, párr. 9: "No obstante, si la cuestión controvertida es la licitud de su entrada o permanencia, toda decisión a este respecto que desemboque en su expulsión o deportación debe adoptarse con arreglo a lo previsto en el artículo 13".

66. Finalmente, se propuso que se incluyera el adverbio "especialmente" en el título del párrafo 1 del proyecto de artículo C1 con el fin de subrayar el carácter no exhaustivo de la lista de derechos procesales incluidos en esa disposición.

c) *Conclusiones del Relator Especial*

67. En respuesta a ciertas observaciones críticas en cuanto al uso de las fuentes y de los ejemplos citados en el sexto informe, el Relator Especial explicó que había intentado aprovechar de la mejor manera la información disponible, y que había indicado claramente, en el texto del informe, que los casos mencionados no eran sino ilustraciones y que no pretendían de manera alguna estigmatizar a un país u otro.

68. En cuanto al proyecto de artículo A, sobre la expulsión encubierta, el Relator Especial no se oponía necesariamente a que se reemplazara la expresión "expulsión encubierta" por una expresión equivalente a la "*constructive expulsion*" del inglés, consagrada en la jurisprudencia arbitral, si se podía encontrar ese equivalente. Aunque reconocía que se podía suprimir el párrafo 2, en la medida en que duplicara la definición de expulsión que figuraba en el proyecto de artículo 2 del segundo informe (A/CN.4/573), remitida en su versión revisada³⁵ al Comité de Redacción en 2007, el Relator Especial seguía pensando que había que conservar un proyecto de artículo en que se enunciara la prohibición de esa forma de expulsión, que violaba todas las normas procesales y que no permitía ninguna protección de los derechos de la persona afectada por la expulsión.

69. El Relator Especial no comparte la opinión de algunos miembros que consideraban que el proyecto de artículo 8 sobre la extradición encubierta como expulsión se salía de la esfera del tema. Para tener en cuenta los comentarios formulados por algunos miembros, había presentado, durante el debate, una versión revisada de ese proyecto de artículo³⁶.

70. Con respecto al proyecto de artículo 9, sobre los motivos de expulsión, el Relator Especial no es partidario de la proposición de limitar esos motivos al orden público y la seguridad nacional. El estudio en profundidad de los motivos de expulsión hecho en el sexto informe indicaba que sería imprudente reunir todos los motivos de expulsión en esos dos únicos motivos. Era conveniente por lo tanto dejar cierta latitud en el proyecto de artículo 9, limitándose a prever que el motivo en cuestión no debía ser contrario al derecho internacional. El Relator Especial había tomado nota de las observaciones relativas a la contribución de la Corte Internacional de Justicia a la aclaración del concepto de seguridad nacional; los elementos pertinentes de esa contribución se reflejarían en el comentario.

71. Aunque algunos miembros criticaron el carácter demasiado detallado del proyecto de artículo B, las garantías enunciadas en esa disposición eran el resultado de la jurisprudencia y estaban vinculadas al hecho de que la expulsión y, por consiguiente, la detención en vías de expulsión, no tenían carácter punitivo. Dicho esto, una formulación más general podría encontrarse en definitiva en el Comité de Redacción.

³⁵ Véase *supra*, nota 4.

³⁶ El texto del proyecto de artículo 8 revisado era el siguiente:

Expulsión en relación con la extradición

Una persona sólo podrá ser expulsada a un Estado que solicite su extradición, o a un Estado que tenga un interés particular en que esa persona sea extraditada al Estado que solicite la extradición, cuando se cumplan las condiciones para la expulsión que se estipulan en derecho internacional [o en las disposiciones del presente proyecto de artículos].

72. En cuanto a las garantías procesales en relación con la expulsión, la Comisión había acogido favorablemente las orientaciones generales propuestas en la adición 1 del sexto informe, incluida la necesidad de diferenciar la situación de los extranjeros en situación legal de los extranjeros en situación ilegal y, entre ellos, los extranjeros de ingreso reciente en el Estado autor de la expulsión y los que se hallaban en él desde hacía cierto tiempo. En esa situación el Relator Especial había acogido el deseo expresado por algunos miembros de reconocer ciertas garantías procesales a los extranjeros en situación ilegal. Había preparado una versión revisada del proyecto de artículo A1, en que se hacía una distinción con respecto al otorgamiento de las garantías procesales en función de la duración de la presencia del extranjero en el territorio del Estado autor de la expulsión³⁷. En circunstancias que el párrafo 1 reconocía a todo extranjero que hubiera ingresado ilegalmente en fecha reciente en el Estado autor de la expulsión la garantía mínima de que la expulsión se hiciera de conformidad con la ley, el párrafo 2 procuraba ofrecer ciertas garantías específicas a un extranjero que se hallara en situación irregular en el Estado autor de la expulsión pero que gozara en él de una condición particular prevista en la ley, o que se hallara en él dentro de cierto plazo (se podría prever a estos efectos un plazo de seis meses).

73. Atendida la nueva redacción del proyecto de artículo A1, el Relator Especial consideraba preferible no modificar el texto del proyecto de artículo B1, suprimiendo, como habían sugerido algunos miembros, la expresión "legalmente"; en efecto, era mejor no apartarse del texto del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

74. El Relator Especial comprobaba que el proyecto de artículo C1 no había sido rechazado en un principio, y que sólo algunas garantías habían sido criticadas. En tanto que la enunciación de un derecho a la asistencia jurídica correspondía desde luego al desarrollo progresivo del derecho internacional, el derecho a la traducción y la interpretación, en opinión del Relator Especial, estaba establecido indudablemente, aunque más no fuera que a título de principio general de derecho.

75. El Relator Especial había tomado nota de la propuesta de prever el efecto suspensivo del recurso contra una decisión de expulsión. En su opinión, aunque estuviera establecido en el derecho regional europeo, esta regla no correspondía al derecho internacional general; en adelante su enunciación correspondería al desarrollo progresivo.

³⁷ El texto del proyecto de artículo A1 revisado es el siguiente:

Proyecto de artículo A1: Garantías procesales en caso de expulsión de un extranjero en situación irregular en el Estado autor de la expulsión

1. La expulsión de un extranjero que haya ingresado ilegalmente [en fecha reciente] en el Estado autor de la expulsión [o en un plazo inferior a seis meses?] se hará de conformidad con la ley.
2. La expulsión de un extranjero que se halle en situación irregular en el Estado autor de la expulsión, pero que goce de una situación particular prevista en la ley, o que se halle en él desde hace cierto tiempo [por lo menos seis meses?], se hará con arreglo a una decisión adoptada de conformidad con la ley y con respeto de los derechos procesales siguientes:
 - a) El derecho a ser notificado de la decisión de expulsión;
 - b) El derecho a impugnar la decisión de expulsión;
 - c) El derecho a ser oído;
 - d) El derecho a acceder a recursos eficaces para impugnar la decisión de expulsión;
 - e) El derecho a la protección consular.

76. El Relator Especial había tomado nota asimismo de la propuesta de que se codificara una regla, extraída de la interpretación del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por el Comité de Derechos Humanos, en cuya virtud las garantías procesales que debían otorgarse a un extranjero que se hallara legalmente en el territorio del Estado autor de la expulsión serían igualmente aplicables en caso de que se impugnara la legalidad de la presencia del extranjero en el territorio. El Relator Especial consideraba, sin embargo, que este punto se podía reflejar adecuadamente en el comentario.
