United Nations Nations Unies

HEADQUARTERS • SIEGE NEW YORK, NY 10017

TEL.: 1 (212) 963.1234 • FAX: 1 (212) 963.4879

REFERENCE: LA/COD/48

The Secretariat of the United Nations presents its compliments to the Permanent Mission of El Salvador to the United Nations and has the honour to acknowledge receipt of the Permanent Mission's note No. SNU-0004/12 A.550.TRA, dated 24 January 2012, transmitting the comments of the Government of El Salvador on certain issues regarding the topic "Expulsion of Aliens", which is currently on the agenda of the International Law Commission.

27 January 2012

Misión Permanente de El Salvador ante las Naciones Unidas
46 Park Avenue,
New York, N.Y., 10016
Tel.: (212) 679-1616/ Fax: (212) 725-3467

SNU-0004/12
A.550.TRA

The Permanent Mission of El Salvador to the United Nations presents its compliments to the Codification Division of the United Nations on the occasion of transmitting the report of El Salvador on "Expulsion of aliens", requested by the resolution 66/98, adopted by the General Assembly on December 9, 2011.

The Permanent Mission of El Salvador to the United Nations takes this opportunity to renew to the Codification Division of the United Nations, the assurances of its highest consideration.

Nueva York, January 24th, 2012

To the
Codification Division
Of the United Nations
New York, N.Y.

EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

La Expulsión de Extranjeros ha sido un tema central en el ámbito jurídico internacional desde hace muchos años, principalmente como producto del acelerado proceso de globalización que - como indicó el relator especial Maurice Kamto en su informe preliminar- supone una contradicción entre el favorecimiento del flujo de intercambios comerciales entre las naciones, y el simultaneo alzamiento de las barreras de soberanía Estatal, que dificultan u obstruyen los movimientos de las personas, al crear procedimientos de selección entre quienes tienen derecho a entrar y vivir en el territorio de un Estado, o un grupo de Estados determinados, y quienes no lo tienen.

Ciertamente, esta dinámica de globalización ha generado el aumento exponencial del fenómeno de las migraciones, que no solo genera desventajas en los Estados de destino, sino también reporta importantes beneficios, particularmente en el ámbito económico. Este tipo de implicaciones existentes en torno al tema de la expulsión, dificultan aún más el tratamiento del tema, sin embargo, El Salvador expresa su apoyo a la Comisión de Derecho Internacional en su labor de codificar la expulsión, como un conjunto coherente de normas que regulen sus aspectos esenciales, con arreglo al derecho internacional contemporáneo que permite, a su vez, su desarrollo progresivo, pues considera que es necesario hacerlo.

Consideramos acertada la decisión de abordar el tema de manera equilibrada, respetando la soberanía de los Estados, así como los límites intrínsecos y derivados impuestos por el derecho internacional, cuyo fundamento central se encuentra en la obligación de respetar la dignidad humana y el conjunto de derechos inherentes a esta.

La idea de soberanía contenida en el proyecto de artículos que conocemos a la fecha, es precisamente la soberanía en su dimensión más evidente como soberanía territorial, la cual es plena y exclusiva.-

Es también en virtud de dicha dimensión soberana que el Estado puede de manera válida, decidir discrecionalmente el otorgamiento o negación del permiso de entrar en su territorio, cuya vertiente opuesta es la de disponer acerca de la expulsión de las personas que han ingresado a éste. Así, el sugerido derecho de expulsión, no es más que una expresión concreta de la soberanía territorial del Estado.

No obstante, es fundamental aclarar que esta facultad soberana no posee carácter absoluto sino que está sujeta a límites concretos, que afectan tanto su forma de ejercicio como las razones que dan lugar a su invocación. En este ámbito, resulta de gran trascendencia el alcance de protección que las normas relativas a los derechos humanos han alcanzado en la actualidad, permeando de manera generalizada las normas y prácticas relativas a la expulsión de extranjeros, al dotarlas de todo un conjunto de derechos y garantías básicos, referidos a tres ámbitos concretos: a) los relacionados con las personas objeto de expulsión (ratione personae), b) los relativos a los derechos fundamentales de las personas objeto de expulsión (ratione materiae) y, c) los que tienen que ver con el procedimiento que ha de seguirse en materia de expulsión (ratione prosequi).

En virtud de las anteriores consideraciones, y atendiendo a la especial relevancia que posee el tema de la expulsión de extranjeros a nivel mundial, El Salvador ha considerado necesario realizar observaciones concretas a algunos de los proyectos de artículos presentados por el relator especial Maurice Kamto, con el objeto de colaborar en la trascendental labor de codificación y desarrollo progresivo llevada a cabo por la Comisión de Derecho Internacional.

Para ello, se indican con precisión los artículos observados, incluyéndose para cada uno sugerencias y recomendaciones puntuales, derivadas de un análisis previo realizado a la luz de las normas de derecho internacional vigentes, así como de la jurisprudencia y doctrina contemporánea.

COMENTARIOS AL PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

Artículo 1: Ámbito de aplicación.

1) El presente proyecto de artículos se aplica a toda persona que se encuentra en un Estado del que no es nacional;

***2) Se aplica en particular a los extranjeros en situación regular o irregular en el Estado de acogida, a los refugiados, asilados, apátridas, trabajadores migratorios, nacionales de un Estado enemigo, y nacionales del Estado que lo expulsa y que han* perdido su nacionalidad o han sido despojados de ella.**

El Salvador comparte el enfoque amplio que la Comisión de Derecho Internacional ha conferido al proyecto de artículos sobre el tema de la expulsión de extranjeros, pues abarca todo la esfera de situaciones relacionadas con éstos, con independencia de su condición como nacionales de varios Estados o de ninguno de ellos, incluso sin atender a las razones concretas que determinan su permanencia en el territorio de un Estado.

Reconocemos, particularmente, la correcta utilización de los términos referidos al estatus migratorio de las personas, pues consideramos que la utilización de las expresiones "en situación regular" y "en situación irregular", responde acertadamente al progreso alcanzado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Actualmente, resulta incuestionable que todas las personas - independientemente de su nacionalidad, raza, religión, o cualquier otra condición - son libres e iguales en dignidad y en derechos, lo cual implica que no existen individuos "ilegales", sino personas cuya condición migratoria puede devenir en regular o irregular de acuerdo con la normativa interna de cada uno de los Estados.

Por tal razón, proponemos conservar dichos términos a lo largo de todo el proyecto de artículos, y trasladarlos también a la segunda parte de éste que regula los "procedimientos de expulsión". Consideramos que esta opción, despejaría las dudas aún existentes - que se reflejan en las nuevas propuestas del relator especial que conducen a optar entre los términos "ilegal" e "irregular"- y tendría la ventaja de uniformar la redacción del proyecto.

Nos parece fundamental esta precisión pues, aunque reconocemos que ningún sector migratorio es inmune a los abusos perpetrados contra sus derechos humanos, son generalmente los migrantes en situación irregular los más vulnerables debido a que no cumplen los requisitos legales de permanencia en el Estado, lo cual les enfrentan a grandes dificultades para acceder a la protección a la que tienen derecho.

Del mismo modo, la condición de irregularidad de los migrantes supone, en una gran cantidad de casos, que éstos sean objeto de diversos tipos de abusos como: las formas peligrosas de viajar y malos tratos por parte de los traficantes; discriminación, racismo y violencia xenófoba; obstrucción de facto o de jure al acceso a la atención sanitaria o a la educación; detención; explotación en el lugar de trabajo; vulnerabilidad específica con respecto a la edad o al género o incluso situaciones

de tráfico de personas; entre otras.

Artículo 2: Definiciones.

A los efectos del presente proyecto de artículos:

1) Se entiende por expulsión de un extranjero el acto o el comportamiento en virtud del cual un Estado que expulsa obliga a un natural de otro Estado a abandonar su territorio.

2) Se entiende por:

a) Extranjero, un natural de un Estado distinto del Estado territorial o Estado que expulsa;

b) Expulsión, un acto o un comportamiento en virtud de cual el Estado que expulsa obliga al extranjero a abandonar su territorio;

c) Frontera, la zona limítrofe del territorio del Estado que expulsa en la cual el extranjero no goza de los beneficios que otorga el estatuto del residente y fuera de la cual termina el procedimiento nacional de expulsión;

d) Natural, toda persona que, en virtud de un vínculo jurídico cualquiera, incluida la nacionalidad, queda comprendido dentro [de la jurisdicción] [de la competencia personal] de un Estado;

e) Territorio, el espacio dentro del cual el Estado ejerce el conjunto de competencias que dimanan de su soberanía.

El artículo 2 del proyecto de artículos, resulta fundamental para la futura aplicación del proyecto, en tanto presenta el marco referencial básico para interpretar cada una de sus disposiciones, por lo que agradecemos a la Comisión de Derecho Internacional y al Relator Especial, por su inclusión en el texto del proyecto.

No obstante, proponemos analizar la posibilidad de ampliar las definiciones contenidas en el artículo, para incluir el significado de términos como: "extranjero en situación irregular", "extranjero en situación regular", "proceso de retorno", "retorno voluntario", "Estado de transito", o cualquier otro que –a criterio de la Comisión– resulte útil a la aplicación del proyecto.

Proyecto de artículo B: Obligación de respetar los derechos humanos de los extranjeros detenidos en espera de expulsión[1]

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

Respecto al artículo B, El Salvador reconoce la importancia de regular, en el proyecto de artículos,

la obligación de respetar los derechos humanos de los extranjeros detenidos (por infracciones administrativas o penales), ya que éstos se encuentran en una situación particularmente vulnerable respecto a las autoridades estatales, la cual puede verse agravada por las diversas circunstancias reguladas en el Art. 13 del proyecto.

No obstante, El Salvador observa que la redacción actual del artículo parece aceptar la detención como regla general, y no como una medida de carácter excepcional, que opera bajo criterios de legalidad y seguridad jurídica -primordialmente cuando se trata de una detención provisional- lo cual resulta contrario al derecho internacional, y podría tener el efecto práctico de potenciar actuaciones que violenten los derechos esenciales de las personas, tales como la libertad y la presunción de inocencia.

Es preciso recordar que los tratados internacionales en materia de derechos humanos, así como la legislación interna de la mayoría de Estados no han establecido, como regla general, la detención preventiva de la persona, sino, por el contrario, garantizan a las personas el goce a su derecho a la libertad, entendiendo la **detención como una medida estrictamente provisional.**

Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica en su Art.9, que "*todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta*". Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos reitera tal derecho en el ámbito regional, al indicar - en su artículo 7 - que "*toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas [...]*"

El Salvador considera que el proyecto de artículos debe tomar en cuenta esta normativa con miras a evitar toda detención arbitraria de los extranjeros, ya que su cumplimiento debe asegurarse tanto durante un procedimiento convencional de expulsión, como frente toda práctica que - potencial o materialmente - amenace al extranjero en su movimiento, lo cual puede suceder, por ejemplo, en salas de tránsito e identificación, centros de detención y centros de internamiento de diversa índole.

En virtud de lo anterior, sugerimos aclarar, en el primer inciso del artículo, que la libertad debe ser considerada como la regla general, siendo la detención una medida de carácter estrictamente excepcional y provisional, que no debe fundamentarse en prácticas xenófobas sino en motivos legítimos, previamente regulados por la legislación interna de cada Estado.

Una vez aclarada tal circunstancia al inicio del artículo, El Salvador es de la opinión que puede mantenerse su contenido actual, entendiendo - tal como ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos humanos- que "[la] limitación al derecho a la libertad personal, como toda restricción, debe ser interpretada siempre en favor de la vigencia del derecho, en virtud del principio *pro homine*[2]".

Al respecto, resulta especialmente esclarecedor el documento aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, denominado "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas", en el que se reconoce el derecho fundamental que tienen todas las personas privadas de libertad a ser tratadas humanamente, y a que se respete y garantice su dignidad, su vida y su integridad física, psicológica y moral.

El mencionado documento entiende por privación de libertad:

> *"cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas".*

Tal amplitud del concepto, permite prever y brindar una protección más eficaz a todos aquellos que, independientemente de su denominación, encuentran restringido o limitado su derecho a la libertad.

En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ha interpretado el Art.10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indicando que "Tratar a toda persona privada de libertad con humanidad y respeto de su dignidad es una norma fundamental de aplicación universal. Por ello, tal norma, como mínimo, no puede depender de los recursos materiales disponibles en el Estado Parte. Esta norma debe aplicarse sin distinción de ningún género, como, por ejemplo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otro género, origen nacional o social; patrimonio, nacimiento o cualquier otra condición. [...][3]"

Consideramos que las disposiciones indicadas resultan esenciales para interpretar el artículo propuesto, ya que comparten un mismo ámbito normativo referido a la protección de los derechos humanos. En vista de ello, sería apropiado reubicar este proyecto de artículo en un lugar del texto acorde a su naturaleza, pues - en nuestra opinión- resulta contradictorio que éste se encuentre previsto bajo el capítulo denominado "prácticas prohibidas", pese a regular la obligación de respetar los derechos humanos de las personas detenidas, la cual no solo se encuentra "permitida", sino que constituye una obligación de carácter ineludible por parte de los Estados.

Por otra parte, aunado a las garantías ya previstas en el artículo B, sugerimos que se incorpore una disposición expresa relativa al **derecho a la salud**, el cual ha sido ampliamente reconocido como un derecho inalienable de toda persona, que supone el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social.

Advertimos que, en el caso de las personas privadas de libertad, el derecho a la salud adquiere una connotación distinta pues, debido a las restricciones de movilidad intrínsecas a dicha medida, la búsqueda, por sí mismas, del mencionado bienestar resulta una labor imposible o altamente compleja.

Por tal razón, en este tipo de casos, resulta esencial que el Estado cumpla su obligación, tanto de respetar como de garantizar el derecho a la salud, que se deriva de sus obligaciones en materia de derecho internacional. De tal modo que, para cumplir con tal exigencia, no es suficiente que los agentes Estatales se abstengan de menoscabar el derecho a la salud de la persona detenida, sino

que debe adoptarse una postura activa que permita asegurar su pleno bienestar.

En este sentido se ha pronunciado la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador al indicar que "la conservación de la salud implica necesariamente una protección activa y pasiva contra riesgos exteriores capaces de poner en peligro la salud. [...] el derecho a la salud importa un aspecto positivo, como lo son la adopción de medidas preventivas para que el daño no se produzca; y uno negativo: el individuo tiene derecho a que el Estado se abstenga de cualquier acto que pueda lesionar la salud[4]".

Resultan de equivalente importancia, todas aquellas medidas especiales tendientes a satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos vulnerables o de alto riesgo, tales como: las personas adultas mayores, las mujeres, los niños y las niñas, las personas con discapacidad, las personas portadoras del VIH-SIDA, tuberculosis, y las personas con enfermedades en fase terminal; quienes deben recibir atención médica especializada. Así como las mujeres privadas de libertad cuya atención médica debe responder a sus necesidades en materia de salud reproductiva, que incluye atención médica ginecológica antes, durante y después del parto.

De acuerdo con lo anterior, y ya que la mera negligencia estatal derivaría *per se* en una grave violación al derecho a la salud, proponemos incorporar al proyecto de artículos, el amplio alcance que actualmente se reconoce del derecho a la salud, tomando en consideración la necesidad de contribuir a la reducción de todas aquellas prácticas estatales que, de manera recurrente, violentan este derecho fundamental durante un procedimiento de expulsión.

Capitulo 2. Personas cuya expulsión está prohibida.

El capítulo 2 del proyecto de artículos, establece los límites relacionados con las personas objeto de expulsión (ratione personae), retomando 3 grupos fundamentales: las personas que son nacionales del propio Estado, los refugiados y los apátridas.

La protección especial otorgada a cada uno de ellos es compartida por El Salvador, ya que ésta se adhiere, tanto a la práctica internacional en la materia como al conjunto de instrumentos regionales e internacionales que regulan cada una de estas situaciones jurídicas, principalmente a través del principio de "no expulsión de nacionales" y del "principio de *non refoulement.*"

Asimismo, se considera fundamental que se haya retomado la regla implícita en la Declaración Universal de Derechos Humanos[5] y el Pacto de Derechos Civiles y políticos[6], las cuales reconocen el derecho de toda persona de residir en su país o en otro y de desplazarse libremente, así como el de salir y regresar a éste.

Por otra parte, acerca del principio de no devolución, o principio de *non refoulement,* recordamos que, aunque éste se impuso inicialmente como un principio fundamental en el derecho internacional de los refugiados - por medio de su incorporación en el Art.33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados - fue posteriormente reconocido en diversas convenciones y declaraciones[7].

Por tal razón, puede afirmarse que "en la actualidad [el principio de no devolución] ha rebasado las fronteras del derecho internacional de los refugiados, ya que, además de haber sido impuesto en el

derecho internacional humanitario, dentro del Art.45 del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, se considera también como parte integrante de la protección internacional de los derechos humanos[8]". Así, ya el Art. 22 No.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha otorgado alcance general al principio de no devolución, bajo los siguientes términos: "en ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas."

Lo anterior, nos conduce a replantear el ámbito de protección *ratione personae* del capítulo, pues, además de los grupos ya previstos cuya expulsión se encuentra prohibida, también es conducente analizar la situación particular de otros individuos que requieren protección especial, tales como las personas en condición de **asilo**.

El Salvador, tal como está reconocido en varias convenciones adoptadas en el ámbito Latinoamericano, comparte la idea que el "refugio" y el "asilo" son dos instituciones jurídicas con características propias plenamente diferenciables, de tal modo que el término "asilo" está referido al derecho que el Estado concede a los extranjeros perseguidos por razones políticas o por delitos políticos o conexos, rigiéndose principalmente por su derecho interno; mientras el término "refugio" o "refugiado" corresponde al estatuto que se reconoce al extranjero por aplicación del sistema basado en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Protocolo de 1967.

Teniendo en cuenta estas diferencias, notamos que el relator Maurice Kamto retomó acertadamente ambas figuras de forma separada. Respecto al asilo destacó, además, los tres principales tipos de asilo: el *asilo territorial o interno*, entendido como el derecho del Estado de acogida de conceder a un extranjero que lo solicita abrigo y protección en su territorio; *asilo externo o diplomático*, referido a la protección en lugares fuera del territorio del Estado pero dentro de su competencia; y el *asilo neutral*, que se aplica en un contexto de beligerancia y es entendido como el derecho de un Estado neutral de conceder, en los límites de su jurisdicción, amparo a los que buscan protección de las calamidades de la guerra.

Pese al adecuado desarrollo del tema, observamos que el relator especial llegó a la conclusión de que "no parece existir un principio de no expulsión de los asilados en el derecho internacional[9]", sin exponer los motivos que le condujeron arribar a ésta. Por tal razón, consideramos adecuado replantear el análisis, tomando en consideración los siguientes aspectos:

a) No existe uniformidad en la legislación interna de los Estados sobre las figuras del asilo y refugio, pues mientras algunos países –como El Salvador– atribuyen características propias a cada una de estas figuras, también existen muchas legislaciones en que ambas se equiparan de manera discrecional. Tal disparidad de criterios, podría generar la desprotección de aquellas personas que, pese a sufrir persecuciones en sus Estados de origen, podrían no ser identificadas bajo estas categorías, debido únicamente a problemas terminológicos.

   Resulta esclarecedor, por ejemplo, el Artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que establece: "*1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas*".

b) La ya referida evolución del principio de *non refoulement*, que ha superado la esfera del estatuto de los refugiados para enmarcarse en el ámbito general de los derechos humanos. En virtud de dicho progreso, no debería eliminarse la protección a aquellas personas que *de facto* encuentran sus derechos esenciales – como la vida, la integridad física, la libertad, entre otros- en inminente peligro dentro de sus Estados de origen.

Por tales razones, El Salvador propone la introducción de las personas asiladas dentro del texto del proyecto de artículos, como grupo cuya expulsión se encuentra prohibida, en condiciones equivalentes a la de los refugiados. Incluso, si existieran dudas al respecto, con el objeto de adaptar el proyecto a los progresos alcanzados en el derecho internacional y a las variadas interpretaciones del término "asilo", también consideramos válida la opción de redactar un artículo específico, al final del capítulo 2, a través del cual se especifique la prohibición de expulsión para todas aquellas personas que se encuentren en condiciones análogas a las ya previstas en dicho capítulo.

Artículo 13: 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.

El Salvador observa que este artículo reemplazó al antiguo artículo 12 - en el que se regulaba el caso específico de la protección del niño en vías de expulsión - con el objeto de ampliar su ámbito de aplicación a otras personas vulnerables. Si bien esta disposición fue modificada, somos de la opinión que aún resulta incompleta a la luz de los avances del derecho internacional, ya que su reformulación se ha limitado a retomar una idea clásica de vulnerabilidad, que atiende únicamente a las razones biológicas más elementales.

Consideramos que se ha obviado el actual entendimiento de la "vulnerabilidad" como un concepto de naturaleza multifacética, que se refiere a una condición proveniente tanto de factores naturales o biológicos, como de factores sociales; en virtud de lo cual, no solo las discapacidades físicas y la edad de una persona son determinantes de su condición de vulnerabilidad, sino también los comportamientos humanos y el contexto en que estos se desenvuelven, pueden constituir factores de riesgo para ciertos grupos poblacionales.

La redacción actual del artículo desconocería, entonces, la condición de vulnerabilidad de algunos extranjeros provocada por factores como la pobreza extrema, el analfabetismo, la discriminación y la exclusión social; así como la especial protección que también se debe a otros grupos en razón de su vulnerabilidad, como las personas con VIH y los pueblos indígenas.

Del mismo modo, parece contradictorio que en el proyecto de artículos -cuyo objeto es regular la expulsión de extranjeros- no se mencione la vulnerabilidad de los migrantes que se encuentran en situación irregular, pese a que ello ha sido reconocido de manera amplia y reiterada en el ámbito internacional, y se verifica de manera constante alrededor del mundo.

La Asamblea General de las Naciones Unidas se ha referido a este aspecto en diversos períodos de sesiones, de los cuales destacamos la aprobación de la resolución 65/212, que constituye la más

reciente hasta el momento, en la cual se exhortó a los Estados a promover y proteger de manera efectiva los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los migrantes, sea cual sea su estatus migratorio; y a que se ocuparan de aplicar un enfoque integral y equilibrado, reconociendo las funciones y responsabilidades de los países de origen, tránsito y destino en la promoción y protección de los derechos humanos de todos los migrantes, evitando aplicar enfoques que pudieran agravar su vulnerabilidad.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó en su Opinión Consultiva OC-18/03, referida a la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, que: " *generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades* estructurales)[10]".

Asimismo, dicho tribunal advirtió que "[*tal] situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado. Existen también prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra*[11]".

Por otra parte, se han creado recientes instrumentos jurídicos de carácter vinculante que señalan la necesidad de proteger a los migrantes en vista de su condición de vulnerabilidad, tales como la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, que reconoce en su preámbulo "*la situación de vulnerabilidad en que con frecuencia se encuentran los trabajadores migratorios y sus familiares debido, entre otras cosas, a su ausencia del Estado de origen y a las dificultades con las que tropiezan en razón de su presencia en el Estado de empleo*"; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ("Convención de Belem Do Para"), en la cual se establece que "*para la adopción de las medidas [...] los Estados partes tendrá[n] especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada*".

De acuerdo con lo anterior, El Salvador propone la redacción de una disposición más amplia –de carácter no taxativo– que especifique la obligación de los Estados de brindar especial protección a los extranjeros que se encuentren en situación de vulnerabilidad, bajo el entendimiento que ésta puede ser generada tanto por causas biológicas como sociales. Asimismo, con el objeto de precisar el contenido del artículo, sugerimos enumerar algunas circunstancias que podrían generar una condición de vulnerabilidad en los extranjeros sujetos al procedimiento de expulsión, pero de manera únicamente ejemplificativa, pues –como se ha indicado– dicha condición puede ser generada por múltiples causas y debe de ser valorada caso a caso.

Finalmente, estimamos pertinente advertir que, si dentro de estas circunstancias ejemplificativas, se decidiese incluir la discapacidad, ésta debe ser redactada de acuerdo a los términos utilizados en la "Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", de tal forma que debe preferirse la expresión "personas con discapacidad", a la de "personas discapacitadas" que se utiliza en proyecto.

Artículo 15: Obligación de respetar el derecho a la vida familiar de la persona expulsada o en vías de expulsión.

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.

El principio de respeto al derecho a la vida familiar, que se estipula en el número 1 del artículo, se encuentra sólidamente afianzado en el ámbito del derecho internacional, por medio de su reconocimiento en los principales instrumentos de protección de los derechos humanos y por la jurisprudencia internacional, particularmente la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Humanos. Aunque este derecho no estaba contemplado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, fue incorporado en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, según el cual "nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia [...]" y bajo la misma fórmula en el Art.11 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Para analizar el principio aludido, a la luz de la expulsión de extranjeros, es importante partir de la idea que "la exclusión de una persona de un país donde residen sus familiares cercanos puede suponer una violación del derecho a la vida familiar[12]", que fue precisamente el punto de partida que llevó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a diseñar una línea jurisprudencial que contrapone el derecho a la vida familiar del individuo – tal como se encuentra garantizado por el artículo 8 del Convenio Europeo[13] – a la expulsión por un determinado Estado.

El derecho a la vida familiar es un derecho humano que supone la protección de una serie de relaciones personales que mantiene el sujeto, las cuales tienen su origen en la estructura familiar del individuo y se manifiestan de diversas formas[14], como el matrimonio o las relaciones paterno-filiales[15], de tal forma que la familia no es solo una pretensión personal sino también un grupo social que cumple fines esenciales, en virtud de los cuales el ordenamiento jurídico le establece una protección para su configuración y ejercicio efectivo. Además, se trata de un término que debe ser entendido en su sentido lato, tal como ha señalado el Comité de Derechos Humanos, de modo que abarque a todas las personas de la familia según la sociedad de que se trate, no siendo óbice para protegerla en un caso particular, la falta de lazos matrimoniales formales.

En este sentido observamos con satisfacción la inclusión de tan importante derecho en el proyecto de artículos; sin embargo, advertimos ciertos inconvenientes en su redacción, resultando necesario analizar con mayor profundidad el inciso segundo del referido artículo, cuya frase ***"Dicho Estado sólo podrá dejar sin efecto el derecho a que se refiere el párrafo 1",*** revela una contradicción evidente con el reconocimiento del derecho a la vida familiar, pues podría conducir a su inaplicación práctica y, por tanto, a la violación del mismo derecho que se pretende proteger.

Como primer aspecto, advertimos que no se trata de un mero asunto formal o de errónea traducción pues, luego de verificar las versiones de este artículo en el resto de idiomas oficiales, puede observarse que, en cada una de ellos, se utiliza un término equivalente que supone la posibilidad de anular el derecho indicado.

De esta manera, tenemos que el segundo inciso de la versión en idioma inglés establece: "It may

not derogate from the right referred *to in paragraph 1 of the present article except in such cases as may be provided for by international law and shall strike a fair balance between the interests of the State and those of the person in question.*" Y en términos similares la version en francés que dice : " *Il ne peut déroger au droit prévu au paragraphe 1 du présent article que dans les cas prévus par le droit international et en observant un juste équilibre entre les intérêts de l'État et ceux de la personne en cause*".

Todos los término utilizados son equivalentes, pues las expresiones "dejar sin efecto", "derógate" y "déroger", hacen alusión a la acción de anular o repeler (del latín dērogāre), que, en este caso, resultan improcedentes en tanto su aplicación afecta directamente el núcleo duro de un derecho humano.

Ciertamente, la derogación en sí misma –entendida como el acto de dejar sin efecto parcial o total una norma, o de suprimir sus efectos jurídicos – es una práctica aceptada y necesaria en el ámbito del derecho, el cual debe cambiar constantemente para poder adaptarse a la realidad que pretende regular; sin embargo, atendiendo al progreso del derecho internacional, la idea de "derogar" se encuentra en un franco choque con principios elementales relacionados a la protección de los derechos humanos, tales como la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado y la irreversibilidad de los derechos humanos.

En este punto, resulta fundamental diferenciar entre tres categorías jurídicas distintas: a) la regulación de un derecho, b) la limitación o restricción de un derecho y c) la anulación de un derecho.

a) La primera de éstas, referida a la simple *regulación*, implica dotar al derecho de un contenido material, estableciendo reglas para su ejercicio acorde a su núcleo esencial, que pueden desarrollar o concretar la titularidad, las manifestaciones y alcances de los derechos, las condiciones para su ejercicio, así como la organización y procedimiento que permiten la eficacia de éstos, y sus garantías.

b) La segunda categoría que consiste en la *limitación o restricción* de un derecho supone regularlo en un grado diferente, pues implica – necesariamente - la modificación de su objeto o sujetos, a través de lo cual se impide el ejercicio efectivo del derecho con una finalidad justificada, sin alterar su núcleo esencial.

   Dicha labor limitativa, siempre que sea razonable, es considerada necesaria en ciertos casos, pues "a través de ésta se logra la protección de bienes jurídicos de igual o, tal vez, mayor jerarquía. Asimismo, al concretar estos límites se coadyuva [...] a concretar cierto contenido esencial de los derechos fundamentales siempre que no se vulnere su núcleo básico[16]".

   Para comprender adecuadamente esta posibilidad, consideramos esencial destacar lo expresado por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador que, en su jurisprudencia, ha aclarado que "*la razonabilidad se encuentra en función del alejamiento de la arbitrariedad y el acercamiento a la justicia, prohibiendo todo tipo de intromisión en el ejercicio de los derechos fundamentales que no tenga justificación alguna, basándose en el respeto y la debida ponderación de tales derechos y la necesaria vinculatoriedad de su contenido axiológico. [...] El juicio de razonabilidad incluye las*

exigencias de: idoneidad de la limitación, con relación al logro del fin propuesto; su necesidad, en el sentido de que entre varias medidas adecuadas para conseguir la misma finalidad, el legislador haya seleccionado la menos gravosa para el derecho correspondiente; y la proporcionalidad entre el derecho fundamental limitado y el bien jurídico o valor que se pretende salvaguardar mediante tal limitación[17]".

c) La *anulación* de un derecho - aunque no siempre de fácil identificación - se caracteriza por exceder el límite de la simple regulación de un derecho y de su restricción justificada, para llegar a la alteración, modificación o destrucción del núcleo duro o esencia de tal derecho.

Aunque, generalmente, el ordenamiento jurídico contiene un catálogo de derechos fundamentales enunciarlos de modo general, ello no significa que el contenido de los derechos fundamentales sea indeterminado. Al contrario, "*cada derecho incluye un conjunto de facultades que permiten identificarlo en abstracto bajo esa denominación, en un determinado momento histórico, el cual, en ningún caso, puede ser alterado por los poderes públicos que limitan los derechos, de modo que el contenido esencial se erige como una garantía de los derechos, con la consecuente exigencia de su respeto*"[18].

Consideramos que el artículo propuesto por el relator especial se enmarca en ésta última categoría jurídica pues, no delimita en forma alguna el derecho a la vida familiar, ni utiliza los criterios de idoneidad, proporcionalidad y necesidad para restringir su ejercicio, sino que da potestad al Estado para dejarlo sin efecto de forma absoluta, alterando así su núcleo duro.

De acuerdo con lo anterior, y trasladando el análisis al ámbito de los instrumentos internacionales, puede advertirse que éstos contienen límites justificados a ciertos derechos, e incluso prevén la posibilidad de restringirlos a los extranjeros, sin embargo, dicha potestad no se concede de manera arbitraria, ni por un plazo indefinido[19] y, menos aún, al extremo de volver nugatorio un derecho humano como el aquí regulado.

Por tal razón, consideramos que constituye una contradicción en sí misma indicar que "*el derecho a la vida familiar podrá dejarse sin efecto en los casos previstos por el derecho internacional*", cuando tanto los tratados, como la doctrina y la jurisprudencia en materia de derecho internacional de los derechos humanos, son coincidentes al entender como ilegítima la anulación de cualquier derecho humano, en tanto estos derechos poseen un carácter ontológico derivo de la misma dignidad de la persona.

Resulta fundamental entonces distinguir entre la restricción y la anulación del derecho a la vida familiar pues, aunque éste no posee carácter absoluto, siempre debe conservar su núcleo duro, que no puede ser afectado bajo ninguna circunstancia, ya que la familia es el elemento natural y fundamental de toda sociedad[20], que debe ser protegido y garantizado por todos los Estados, independientemente de la nacionalidad de las personas.

De acuerdo con ello, somos de la opinión que la redacción del artículo 14 debe ser coherente con el desarrollo alcanzado en materia de derechos humanos y reflejar, al mismo tiempo, la importancia del derecho a la vida familiar, lo cual puede lograrse suprimiendo el inciso 2 del artículo propuesto o, de mantenerse su redacción, utilizando un término más apropiado como el término "restringir" - en sustitución de la frase "dejar sin lugar"- cuya formulación puede ser encontrada válidamente en múltiples instrumentos internacionales sin que con ello se entienda la anulación de derecho alguno[21].

Finalmente, nos referimos a la frase "**manteniendo un justo equilibrio entre los intereses del Estado y los de la persona en cuestión**" contenida en el párrafo 2 del artículo, que - tal como ha indicado el relator especial en su quinto informe- se fundamenta en el principio de proporcionalidad contenido en la jurisprudencia internacional.

Aunque la aplicación del principio de proporcionalidad resulta acertada para ponderar las decisiones de los tribunales en los procedimientos de expulsión, El Salvador estima problemático el alcance que se ha otorgado al término "intereses del Estado", pues -según lo expresado por el relator especial - en materia de expulsión éstos serían únicamente el orden público y la seguridad.

Para reafirmar tal postura, notamos que el relator retomó los casos resueltos por el Comité de Derechos Humanos y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que hacen uso del referido principio para lograr un equilibrio entre derecho a la vida familiar y la seguridad del Estado. No obstante, nos parece criticable que su análisis únicamente se haya centrado en aquellos casos que giran en torno a la decisión de expulsión adoptada por la comisión de un hecho delictivo, como sucede en las causas Boughanemi; Bouchelkia; Boujlifa y Ezzouhdi c.Francia, resueltas por el Tribunal Europeo.

Nos parece evidente que, en este tipo de casos, deba aplicarse el criterio de proporcionalidad entre los intereses de la familia y los intereses del Estado que expulsa, referidos al orden público y seguridad, pues es válido otorgar una importancia decisiva a los delitos cometidos para valorar la decisión de expulsión, al tratarse de situaciones en las que – efectivamente - la seguridad es un interés discutible.

En el resto de casos, sin embargo, en los que el extranjero sometido al procedimiento de expulsión no ha cometido delito alguno, parece inadecuado entender que deba ponderarse entre la vida familiar y la seguridad del Estado, toda vez que tales individuos no representan una amenaza al orden público. En tal sentido, proponemos replantear la fundamentación de la frase indicada, antes de decidir su introducción definitiva en el proyecto de artículos.

Proyecto de artículo 21 [A1]. 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.

El proyecto de artículo A1 - tal como su título indica- se encarga de establecer una norma general para la aplicación de las garantías procesales desarrolladas en todo el capítulo, que ha sido delimitado *ratione materiae,* al referirse a los casos de expulsión, y *ratione personae,* respecto a cierto grupo de extranjeros.

Si bien El Salvador ha advertido que el relator especial Maurice Kamto presentó –durante el periodo 62° de la Comisión de Derecho Internacional- una versión revisada de este artículo, consideramos fundamental realizar algunas consideraciones tanto a la versión inicial como a la nueva propuesta del relator, en vista que su forma definitiva aún se encuentra en discusión dentro

del Comité de redacción.

Así, respecto a esta **versión inicial**, notamos que el ámbito *ratione personae* del artículo, únicamente incluía a los extranjeros que se hallan en situación regular (Art.A1 inc. 1.) y a los que han entrado ilícitamente al territorio de un Estado (Art.A1 inc.2), excluyéndose, de manera evidente, a aquellos extranjeros que, pese a ingresar de manera regular al territorio del Estado, devienen en una situación de irregularidad por otra circunstancia, generalmente por su permanencia más allá del plazo autorizado.

Esto generaba que la redacción del artículo resultaría incompleta al no prever garantía procesal alguna para este grupo de extranjeros, cuya condición de irregularidad migratoria puede haberse mantenido por años. En nuestra opinión, tal omisión no se ve subsanada por la referencia que hace el artículo al hecho de "haber residido [en el territorio] durante cierto tiempo" pues, en el contexto del inciso segundo, tal circunstancia se refiere a la entrada irregular y no a la permanencia irregular.

Por otra parte, esta disposición contiene una contradicción que consideramos particularmente grave respecto al ámbito de aplicación del capítulo, al prever el respeto obligatorio de garantías procesales únicamente para la expulsión de extranjeros que se hallan en situación regular, mientras que se dejaba a la discreción de cada Estado el respeto de tales garantías para los extranjeros que hubieran ingresado de manera irregular al territorio del Estado.

Según lo expresado por el relator especial en la primera adición a su sexto informe -A/CN.4/625/Add.1- tal disparidad de regulación encontraba su explicación en los siguientes argumentos:

> *"Parece casi imposible extraer normas de procedimiento uniformes en materia de expulsión de los extranjeros que se hallan ilegalmente en el territorio del Estado que los expulsa, y por ende peligroso intentar cualquier codificación de esas normas. El Relator Especial piensa por lo tanto que así como las normas sobre las condiciones de entrada y estancia de los extranjeros competen a la soberanía de cada Estado, lo que jurídica y políticamente corresponde es dejar en manos de la legislación de cada Estado el establecimiento de tales normas".*

El Salvador está en desacuerdo con tal explicación, pues, si bien no existe uniformidad en cuanto a los procedimientos de expulsión de extranjeros en general, ello no implica que - en la codificación de tan importante tema - deba dejarse a la absoluta discrecionalidad estatal el respeto de ciertas garantías procesales mínimas que aseguren la protección del individuo sujeto a expulsión.

Así, para El Salvador no sería entonces "peligroso" intentar la codificación de garantías mínimas ya exigidas por el derecho internacional, el peligro -en cambio- se encuentra en aceptar el pretendido poder absoluto de los Estados frente al individuo que está en situación migratoria irregular, con sus correspondientes consecuencias de arbitrariedad e inseguridad jurídica.
Aun más, ya que el objetivo del proyecto de artículos es regular la expulsión de extranjeros, consideramos inapropiado utilizar el argumento de la soberanía estatal para justificar la decisión de no regular las garantías procesales aplicables a la expulsión, ya que - a diferencia de las condiciones de entrada y estancia del extranjero que no forman parte del tema de la expulsión propiamente tal - las garantías procesales constituyen el núcleo medular de todo procedimiento penal o administrativo de expulsión, independiente del estatus migratorio de la persona.

Nos referimos a continuación, a la versión revisada del proyecto de artículo A1, en el cual centramos nuestras principales observaciones:

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 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.**

El Salvador agradece al Relator Especial la reformulación del artículo y, primordialmente, haber superado la postura de prescindir de toda regulación respecto a las garantías procesales de las personas expulsadas que se encuentran en situación migratoria irregular dentro de un Estado, pues, consideramos que abrir las posibilidades de debate permitirá la elaboración de una norma que refleje las diversas perspectivas en torno a este fundamental aspecto.

Tal como se encuentra planteada la nueva versión del artículo A1, notamos que ha habido un avance respecto a la anterior redacción, que dejaba a la absoluta discrecionalidad de cada Estado las garantías procesales del extranjero. No obstante, consideramos que la nueva regulación dual, que distingue entre las garantías otorgadas a los extranjeros en situación regular que acaban de ingresar al territorio y las reconocidas a los extranjeros en situación irregular que han permanecido por un tiempo mayor, requiere de un análisis más profundo con el objeto de determinar si, efectivamente, tal distinción sería válida a la luz del actual derecho internacional, a éste aspecto nos referimos a continuación.

Para iniciar nuestro análisis, consideramos esencial recordar que las garantías en su conjunto, son reconocidas como aquellos vínculos normativos idóneos para asegurar la efectividad de los derechos subjetivos y, más en general, de los principios axiológicos sancionados por las normas[22]. En tal sentido, Las garantías no están vinculadas al mero legalismo o formalismo sino a la tutela de los derechos fundamentales - vida, libertad, integridad, igualdad etc. - los cuales representan los valores que fundan y justifican la existencia del Estado, y cuyo disfrute, por parte de todos, constituye la base sustancial de la democracia[23].

Así, las garantías no deben entenderse como privilegios otorgados por los Estados, ya que éstas encuentran su real fundamento en la dignidad de la persona humana y no en las circunstancias particulares de cada individuo, por lo que su carácter ontológico debe conducir a su reconocimiento generalizado sin atender a criterios discriminatorios, en tanto el derecho a la

igualdad - en su expresión como igualdad ante la ley - constituye un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos.

Siguiendo esta lógica, El Salvador reconoce la importancia del conjunto de derechos estipulados en el proyecto de artículos, particularmente dentro del capítulo 4, relativo a la protección de los derechos humanos de la persona expulsada o en vías de expulsión, sin embargo, resulta contradictorio que, junto al reconocimiento de derechos inherentes a la persona humana – tales como el derecho a la vida, a la igualdad y la prohibición de la tortura, de tratos o penas inhumanas o degradantes[24], entre otros – no se incluyan el conjunto de garantías esenciales que permitan su eficacia para un grupo de personas en situación migratoria irregular.

Al proceder de esta forma, se ha desconocido que el derecho internacional prevé principios y garantías del debido proceso de carácter inderogable, que constituyen deberes para todos los Estados, las cuales no son susceptibles de suspensión, afectación o limitación bajo ninguna circunstancia.

Entre estas garantías se encuentran: el principio de legalidad, de igualdad ante la ley y los tribunales de justicia, el principio de publicidad procesal, el derecho de acceso a la jurisdicción, el derecho a un juez competente, independiente e imparcial, derecho a un juez natural predeterminado por la ley, derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a un juicio justo, derecho a un trato humano, derecho a la celeridad judicial y el derecho a un recurso efectivo.

En tal sentido, El Salvador es de la opinión que el estándar de garantías procesales a ser incluido en el proyecto de artículos sobre expulsión de extranjeros, debe ser el internacionalmente reconocido, al margen de la práctica de ciertos Estados cuyos procedimientos de expulsión –o ausencia de procedimiento- supone el incumplimiento reiterado de sus obligaciones en materia de derechos humanos.

Para fundamentar nuestra propuesta nos remitimos precisamente a las normas que regulan las garantías procesales en el ámbito internacional. Así, ya la **Declaración Universal de Derechos Humanos** estipula en su Artículo 10 que "toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal"; y en su artículo 8, que "toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley". Estas disposiciones deben interpretarse, además, a luz del artículo 2 de la declaración según el cual "toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en [la] Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición".

Por su parte, el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** estipula en su artículo 3 "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto".

De este instrumento internacional, es importante retomar su artículo 13, según el cual: "*El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.*" En opinión de El Salvador, este

artículo debe ser interpretado sistemáticamente con el objeto y fin del pacto, de modo que, el hecho de referirse a "los extranjeros que se hallan legalmente en el territorio del Estado", no implica entender -a contrario sensu- la exclusión de toda garantía para aquellas personas que se encuentran en situación irregular, en tanto ello supondría una limitación arbitraria tendiente a menoscabar la esencia inderogable del derecho al debido proceso.

Tal conclusión, se ve reforzada por lo establecidos en el artículo 14 del mencionado Pacto, el cual afirma que "*todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil [...].*

A modo de ejemplo, también destacamos lo expresado por el Comité de Derechos Humanos, que bajo esta lógica y en el marco de su competencia interpretativa del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ha indicado que, como ocurre con todo tratado de derechos humanos, *éste no consiste simplemente en los derechos que en él se especifican, sino en importantes garantías de apoyo. Esas garantías constituyen el marco necesario para asegurar los derechos enunciados en el Pacto, por lo que son fundamentales para su objeto y fin. Algunas de ellas tienen ámbito nacional y otras internacional. Por ello, no son inaceptables las reservas destinadas a eliminar esas garantías. [...] un Estado no puede formular una reserva al párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, indicando que no se propone ofrecer recursos para las violaciones de los derechos humanos. Esta clase de garantías forman parte integrante de la estructura del Pacto y mantienen su eficacia.*

Tales obligaciones, previstas en los instrumentos internacionales, se trasladan en el ámbito regional al contenido de la **Convención Americana de Derechos Humanos** que, a través de sus artículos 8 y 25, reconoce el carácter obligatorio de las garantías judiciales[25] y la protección judicial[26], que son indispensables para la protección de derechos fundamentales.

Con esta amplia regulación, ciertamente no se pretende establecer criterios únicos sobre la forma de proceder en una expulsión, pues existe libertad de configuración del legislador en cada ordenamiento jurídico interno, sin embargo, independientemente de la forma en que las legislaciones internas den cumplimiento a tales obligaciones, no debe violentarse su contenido básico e inderogable, en tanto representan un cuerpo mínimo de garantías al debido proceso que deben ser respetadas por todos los Estados[27], derivando su eventual incumplimiento, en responsabilidad estatal por la realización de un hecho internacionalmente ilícito.

Consideramos que mantener la distinción propuesta respecto a las garantías procesales, tendría además el efecto de menoscabar el objetivo central de todo el proyecto de artículos, pues si el proyecto tiene alguna pretensión de regular la expulsión de extranjeros en sus diversos aspectos, no pueden reducirse casi en su totalidad el establecimiento de garantías procesales para aquellos individuos que mayoritariamente se ven inmersos en este tipo de procedimiento. Aún más, encontramos cierta ambigüedad en el hecho de reconocer el derecho de adoptar la decisión de conformidad con la ley, mientras se desconocen todos aquellos medios tendientes a garantizar que tal "conformidad con la ley" efectivamente se cumpla para las personas que han permanecido menos de 6 meses en el territorio de un Estado.

De acuerdo con lo anterior, El Salvador reafirma el deber de todos los Estados de garantizar a todo extranjero en vías de expulsión, la realización de un "debido proceso legal", el cual consiste en "el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera[28].

Por tal razón, sostenemos que, incluso dispensando la función de desarrollo progresivo de la Comisión respecto al tema, es posible el establecimiento de garantías procesales para todos los extranjeros que se encuentran en situación irregular desde una mera función de codificación, toda vez que sean integradas al proyecto de artículos las garantías procesales ya reconocidas por los instrumentos universales y regionales de derechos humanos indicados y la jurisprudencia de los tribunales internacionales, que no hacen distinción alguna al respecto.

Por otra parte, una vez desarrollada nuestra postura respecto a las garantías procesales en los procedimientos de expulsión, nos referimos a los plazos introducidos al proyecto de artículo, que determinarían la distinción realizada.

En primer lugar, el párrafo 1 del artículo estipula que:

> *"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".*

Respecto a este párrafo, notamos que la expresión "fecha reciente" utilizada en su redacción, posee un alcance absolutamente indeterminado que podría potenciar la aplicación arbitraria del artículo dentro de los Estados o, incluso, generar prácticas considerablemente desiguales de un Estado a otro. Del mismo modo, optar por un plazo de 6 meses, como punto de referencia para conceder ciertas garantías procesales, no solo sería ilegítimo por las razones antes expresadas, sino que además resultaría de difícil comprobación en cada caso concreto.

En segundo lugar, el párrafo 2 del proyecto de artículo establece que:

> *"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 los derechos procesales siguientes [...]".*

Acerca de este párrafo, observamos que se retoma el plazo de 6 meses como el tiempo "base" para otorgar garantías mas amplias, lo cual supondría que - según el momento en que se realice la expulsión - los extranjeros que se encuentran en situación irregular podrían estar sometidos, en los primeros 6 meses, a una expulsión constituida por una amplia discrecionalidad Estatal con la correspondiente indefensión del individuo y alejada del cumplimiento de las exigencias mínimas del Estado de derecho; o bien, a una expulsión con el reconocimiento de todas las garantías procesales, de ser expulsados luego de dicho período. Por ello, en nuestra opinión, esta norma genera un absurdo injustificable al realizar una distinción discrecional, alejada de los criterios de objetividad y razonabilidad que, además, aceptaría desconocer garantías de carácter inderogable.

En conclusión, y con el objeto de aportar insumos al Comité de Redacción que se encuentra en análisis de esta norma, sugerimos que el debate gire en torno a la codificación de un verdadero "debido proceso legal de expulsión", y no a la concesión de garantías procesales sujetas al status migratorio de las personas o a plazos arbitrarios en detrimento de sus derechos humanos.

Proyecto de artículo 22 [B1]. 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.**

En relación al proyecto de artículo 22 [B1], El Salvador reitera las observaciones realizadas en el artículo anterior sobre el ámbito de aplicación de las normas de procedimiento contenidas en el capítulo, en tanto se genera una amplia discrecionalidad en los procedimientos de expulsión de extranjeros en situación irregular, que violenta garantías ya reconocidas en el ámbito del derecho internacional.

En este apartado nos referimos a la obligación de actuar de conformidad con la ley según su redacción actual, la cual aún no se ha visto modificada por la versión revisada del artículo 21 [A1], no obstante, sugerimos a la Comisión verificar su contenido para asegurar la coherencia de todo el capítulo.

Respecto a la obligación de actuar de conformidad con la ley, destacamos que ésta constituye un principio lógico derivado de la idea que la expulsión se ejerce bajo el imperio del derecho, el cual encuentra su principal fundamento en el principio de legalidad, elemento esencial de todo Estado constitucional de derecho que supone la sujeción y el respeto, por parte de las autoridades públicas o privadas, al orden jurídico en su totalidad, lo que comprende la normativa constitucional y legal aplicable.

La concreción de este principio reafirma la seguridad jurídica del individuo, en lo que se refiere a que su situación no será modificada más que por procedimientos regulares y por autoridades competentes previamente establecidas.

En tal sentido, consideramos que no es posible negar la obligación de actuar de conformidad con la ley a las personas cuya situación migratoria es irregular, ya que esto supondría una flagrante violación de una garantía fundamental en los procedimientos de expulsión y, además, el desconocimiento de una exigencia misma del Estado de derecho, que potencia la arbitrariedad.

Sobre este aspecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado, que la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías destinadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante, tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución[29], lo cual se deduce del principio de legalidad, que se encuentra en casi todas las constituciones americanas elaboradas desde finales del Siglo XVIII, y que es consubstancial con la idea y el desarrollo del derecho en el mundo democrático[30].

Así, la existencia de una norma que regule los procedimientos de expulsión y la obligación de actuar de conformidad a ésta, es una garantía cuya vigencia debe asegurarse, sin excepción, en todo proceso de expulsión, independientemente de su carácter penal o administrativo y respecto de todo individuo sometido a éste.

El Salvador es de la opinión, que, las futuras modificaciones a este proyecto de artículo deben evitar contribuir a la estigmatización de los migrantes en situación irregular, la cual potencia su degradación y privación de derechos, debiendo optar por exigir que toda expulsión sea realizada de acuerdo a lo establecido en la ley entendida en su sentido amplio.

Proyecto de artículo 23 [C1]. 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.

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.

El Salvador destaca la cardinal importancia de todo el conjunto de derechos procesales contenidos en el proyecto de artículo C1, en tanto, cada uno de ellos permiten dotar al procedimiento de expulsión de elementos que garanticen su legalidad, tomando como fundamento el marco jurídico internacional vigente.

En tal sentido, individualmente considerado, este proyecto de artículo podría ser calificado como un importante avance en la codificación del tema de la expulsión de extranjeros, sin embargo, notamos que, al ser interpretado a la luz del resto de normas propuestas, dicho artículo manifiesta diversos inconvenientes.

Al respecto, ya hemos indicado, por ejemplo, la marcada diferenciación realizada entre las garantías reconocidas los extranjeros en situación regular y las reconocidas a quienes se encuentran en situación irregular. Incluso, dentro de este último grupo, advertimos que existen diferencias que se fundamentan únicamente en el tiempo de permanencia en el territorio del Estado que expulsa.

En virtud de lo anterior, al realizar un análisis sistemático, puede concluirse que estamos en realidad ante una disposición que propiciaría un status de derechos humanos diferenciados, lo que violentaría su característica de universalidad –como imperativo ético jurídico– por una posición relativa, sujeta a la nacionalidad y a la situación migratoria del individuo.

Con el objeto de potenciar una reflexión más profunda respecto a este tema, detallamos a continuación cada uno de los derechos contenidos en el proyecto de artículo C1, con su correspondiente equivalente en los principales instrumentos de derechos humanos, los cuales son reconocidos para todas las personas, independientemente de su nacionalidad.

PROYECTO DE ARTÍCULO C1 (DERECHOS PROCESALES DEL EXTRANJERO SUJETO A EXPULSIÓN).	INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

El derecho a ser notificado de la decisión de expulsión.	**Convención Americana sobre Derechos Humanos** Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal. "4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella". **Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales** Articulo 5. Derecho a la libertad y a la seguridad. "2. Toda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella". **Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.** Art.22 –"3. La decisión [de expulsión] les será comunicada en un idioma que puedan entender. Les será comunicada por escrito si lo solicitasen y ello no fuese obligatorio por otro concepto y, salvo en circunstancias excepcionales justificadas por razones de seguridad nacional, se indicarán también los motivos de la decisión. Se informará a los interesados de estos derechos antes de que se pronuncie la decisión o, a mas tardar, en ese momento".

El derecho a impugnar la expulsión [la decisión de expulsión].	**Declaración universal de Derechos Humanos** Artículo 8 - "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley". **Convención Americana sobre Derechos Humanos** Artículo 25. Protección Judicial. "1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales". **Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares** Artículo 18 – "1. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán iguales derechos que los nacionales del Estado de que se trate ante los tribunales y las cortes de justicia". Artículo 22 – "4. Salvo cuando una autoridad judicial dicte una decisión definitiva, los interesados tendrán derecho a exponer las razones que les asistan para oponerse a su expulsión, así como a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello. Hasta tanto se haga dicha revisión, tendrán derecho a solicitar que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsión".

Derecho a ser oído.	**Declaración Universal de Derechos Humanos.** Artículo 10 - "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal". **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.** Artículo 14 – "1. *Todas las personas son* iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil". **Convención Americana sobre Derechos Humanos** Artículo 8. Garantías Judiciales "1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

El derecho a acceder sin discriminación a recursos eficaces para impugnar la decisión de expulsión.	**Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.** Artículo 14 – "1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia". **Convención Americana sobre Derechos Humanos** Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos "1.Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna 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". Artículo 25. Protección Judicial. "1.Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales". **Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos**[31] Artículo 7- "1. Todo individuo tiene derecho a que sea visto su caso, lo cual implica: a) derecho de apelación a órganos nacionales competentes contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos y garantizados por los convenios, leyes, ordenanzas y costumbres vigentes[...]"

El derecho a la protección consular.	**Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.** Artículo 36.Comunicación con los nacionales del estado que envía. "1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía: a) los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos; b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado; c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello. 2. Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo".

El derecho a un asesor y derecho a asistencia jurídica.	**Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.** Artículo 14 – "3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal[...]" **Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.** Articulo 6- "Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: c. a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan"
El derecho a la interpretación y a la traducción a un idioma que comprenda.	**Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.** Articulo 14 – "3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal" **Convención Americana sobre Derechos Humanos** Articulo 8 - Garantías judiciales "2. [...]Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal" **Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales** Artículo 6- Derecho a un proceso equitativo "3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él"

Tal como indicó el relator especial en su Sexto informe "los derecho procesales examinados tienen

[...] fundamentos jurídicos suficientes en el derecho internacional, así como en las legislaciones y jurisprudencia de numerosos Estados[32]", por lo que restaría aclarar dentro de este enfoque, que tal fundamento jurídico, además de su expreso reconocimiento, también implica su vinculatoriedad para los Estados sin discriminación alguna del sujeto.

En tal sentido, no es posible renunciar al contenido de los derechos fundamentales aludidos, pues, además de ser derechos subjetivos, estos incorporan un elemento objetivo, al configurarse como verdaderas normas de aplicación directa, esenciales e informadoras de todo ordenamiento jurídico, cuya vigencia y eficacia deben ser amparadas.

De alejarnos de esta comprensión universal de los derechos humanos, en tanto atributos inherentes a la dignidad humana, se agravaría la ya comprobada vulnerabilidad de las personas en situación irregular, quienes se mostrarían indefensas ante el poder estatal y ante toda dinámica de dominación, razón por la cual reiteramos nuestra propuesta de ampliar el ámbito de aplicación del capítulo en cuestión, a todos los individuos, en tanto la verdadera garantía de los derechos de la persona consiste precisamente en su protección procesal.

Proyecto de artículo D1. Retorno del extranjero objeto de expulsión al Estado de destino.

> **1. El Estado que expulsa alentará al extranjero objeto de expulsión a que ejecute voluntariamente la decisión.**
>
> **2. En caso de ejecución forzada de la decisión de expulsión, el Estado que expulsa adoptará las medidas necesarias para asegurar, en la medida de lo posible, que el extranjero objeto de expulsión sea trasladado ordenadamente al Estado de destino, respetando las normas del derecho internacional, especialmente las relativas al transporte aéreo.**
>
> **3. En todos los casos, el Estado que expulsa otorgará al extranjero objeto de expulsión un plazo adecuado para preparar su partida, a menos que haya razones para creer que el extranjero en cuestión pudiera darse a la fuga durante ese período.**

El proyecto de artículo D1 reúne las dos formas principales de ejecución de una decisión de expulsión, por un lado la ejecución voluntaria, prevista en el primer inciso, que supone el abandono del territorio que expulsa sin la utilización de medio coactivo alguno; y por otro lado, la ejecución forzosa, contenida en el segundo inciso del artículo, que implica la realización de acciones coactivas por parte de la autoridad Estatal competente, tendientes a hacer efectiva la decisión de expulsión.

Ciertamente, las características particulares de cada una de estas formas de ejecución, generan distintas consecuencias en el individuo sujeto a la expulsión. Es por ello, que El Salvador comparte la opinión del relator especial al entender que la ejecución voluntaria es la que más respeta la dignidad de la persona y, al mismo tiempo, la de más fácil gestión administrativa, siempre que se conserve su carácter estrictamente voluntario en los distintos aspectos que determinan el actuar de la persona.

En relación a la coherencia interna del proyecto de artículos sobre este aspecto, señalamos la atención a la definición del término "expulsión" contenida en el artículo 2, según la cual "*se*

entiende por expulsión de un extranjero el acto o el comportamiento en virtud del cual un Estado que expulsa obliga a un natural de otro Estado a abandonar su territorio."

Retomando esta definición, El Salvador posee seria dudas de que sea posible expulsar voluntariamente a un extranjero, toda vez que el término expulsión ha sido entendido comúnmente y, también dentro del contexto de este proyecto de artículos, como una acción llevada a cabo de manera coactiva.

En tal sentido, sugerimos evaluar la posibilidad de modificar el **inciso 1** del artículo, para adaptarlo a la figura del "retorno voluntario", eliminando el término "expulsión" para estos casos en que se trata de una decisión ejecutada libremente por el individuo, quien voluntariamente regresa a su país de origen o a un tercer Estado.

Acerca del **inciso 2** del artículo, El Salvador se encuentra en desacuerdo con la manera en que se ha previsto la figura de la ejecución forzosa de la expulsión, en tanto la redacción actual de dicho artículo, pone su énfasis principal en el hecho que el extranjero debe ser trasladado "ordenadamente" al Estado de destino, respetando para ello las normas relativas al transporte aéreo, lo cual, en nuestra opinión, supone que el extranjero ha sido entendido *per se* como un peligro para la seguridad aérea, sin que existan razones fundadas que permitan llegar a tal conclusión.

Nos parece especialmente criticable que para la redacción de esta disposición se haya retomado la idea del extranjero expulsado del territorio de un Estado como un "pasajero especialmente problemático[33]", pues ello supone la estigmatización de la persona atendiendo únicamente a criterios de nacionalidad.

Del mismo modo, el inciso 2 del artículo en análisis, parece contradecir el extenso ámbito de aplicación de que se ha dotado al proyecto de artículos, el cual debería conducir a regular la ejecución forzosa tomando en consideración que las personas sujetas a una expulsión no son un grupo homogéneo con altos niveles de peligrosidad, sino, en cambio, personas en distintas situaciones jurídicas: extranjeros en situación migratoria regular o irregular, refugiados, asilados, apátridas, trabajadores migratorios, entre otras; las cuales - en su mayoría - no representarán peligro alguno para la seguridad aérea. Parece haberse restringido incluso la expulsión a la utilización del medio de transporte aéreo, pese a que la práctica demuestra que éste es solo uno de los posibles medios a ser utilizados.

Atendiendo a estas razones, El Salvador propone replantear la figura de la ejecución forzosa de la expulsión para adaptarse al alcance que previamente ha sido establecido en el artículo 1 del proyecto.

Por otra parte, respecto al **inciso 3** del proyecto de artículo - que regula el riesgo de fuga - El Salvador estima que esta situación debe evaluarse de manera especial en el caso de los extranjeros, pues es preocupante la reiterada práctica de muchos Estados que asemejan la forma de interpretar el peligro de fuga de los procesos de carácter penal, a los procedimientos de expulsión.

Generalmente, en los procesos de carácter penal, la imposición de medidas restrictivas se fundamenta –*inter alia*- en la ausencia de vínculos familiares, laborales o sociales por parte del individuo que permitan asegurar la permanencia de éste durante el proceso. Sin embargo, este aspecto comprendido generalmente en el análisis del peligro de fuga, no puede ser trasladado de manera idéntica a los procedimientos de expulsión, en tanto, la mayoría de los casos demostrará la

insuficiencia de tales vínculos para las personas sujetas a este.

En este último caso, lo que debería procurarse es evitar que –atendiendo al peligro de fuga- las medidas restrictivas de la libertad u otros derechos, puedan constituirse en la regla general para los extranjeros, pues ello produciría una precarización de sus condiciones de vida y de retorno al territorio de destino.

TERCERA PARTE

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA EXPULSIÓN

Proyecto de artículo G1. Protección de los bienes del extranjero objeto de expulsión

1. Se prohíbe la expulsión de un extranjero con el fin de confiscar sus bienes.

2. El Estado que expulsa protegerá los bienes del extranjero objeto de expulsión, le permitirá [en la medida de lo posible] disponer libremente de ellos, incluso desde el exterior, y los restituirá a solicitud del interesado o de sus herederos o derechohabientes.

En el ámbito del derecho, una "consecuencia jurídica" debe ser entendida como un elemento de toda norma, en la que se pretende ligar un supuesto de hecho a un determinado efecto o resultado jurídico, el cual no pertenece al mundo de la facticidad sino al mundo de la normatividad.

Atendiendo a este ámbito normativo, El Salvador ha analizado la propuesta contenida en el artículo G1, según la cual, la protección de los bienes del extranjero sería presentada como una consecuencia jurídica de la expulsión. Esto equivaldría a entender que la protección de los bienes se encuentra sujeta indefectiblemente al desarrollo de un proceso de expulsión, o a la expulsión misma, sin embargo, consideramos que sostener tal postura resulta erróneo tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico, en tanto la protección de los bienes constituye un derecho autónomo, cuyo surgimiento es previo a cualquier procedimiento de expulsión.

La protección de los bienes es una expresión del derecho de propiedad, que implica una garantía para toda persona de ser protegido en la plena potestad sobre sus bienes, ya que se trata de un derecho que, por su naturaleza jurídica, es oponible frente a terceros. En tal sentido, ya la Declaración Universal de Derecho Humanos reconoce en su Artículo 17 que:

"Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad".

De acuerdo con lo anterior, El Salvador apoya que se haya introducido la obligación de protección de los bienes del extranjero objeto de expulsión en el proyecto de artículos, sin embargo, ya que los Estados tienen la obligación de proteger los bienes del extranjero en todo momento - como resultado del reconocimiento al derecho de la propiedad - sugerimos extraerlo del capítulo relativo a las consecuencias jurídicas, para incluirlo, como norma general, en el capítulo que regula la obligación de los Estados de respetar los derechos humanos.

Respecto a los aspectos de fondo derivados del proyecto de artículo G1, destacamos las dos ideas principales que lo conforman:

A) La primera, referida a la prohibición de expulsión de un extranjero con el fin de confiscar sus bienes, la cual claramente supone una práctica prohibida –ratione materiae– dentro del

ámbito de la expulsión, al afectar la legitimidad de su objeto y, consecuentemente, el desarrollo de todo el procedimiento. Por tal razón, nos mostramos a favor de su codificación dentro del proyecto de artículos.

B) La segunda idea esencial del proyecto de artículo G1, se encuentra íntimamente ligada a la decisión de expulsión, aunque -como se ha indicado de manera previa- no supone exclusivamente una consecuencia jurídica de la misma. Se trata de la obligación del Estado de permitir la disposición libre de los bienes del extranjero, aún cuando este hubiere sido expulsado.

Al respecto, El Salvador considera apropiado que se explique en el comentario a dicho artículo, que tal disposición de los bienes no debe dejarse al libre arbitrio del Estado, sino que debe estar regida por la voluntad del propietario de los bienes, sin exigirle mayores formalidades para la disposición de éstos, que las ya previstas en la legislación nacional de cada Estado, ello con el objeto de impedir que se vuelva nugatorio el derecho de propiedad que se pretende proteger.

1 Asamblea General; Documentos Oficiales; 65º período de sesiones Suplemento Nº 10; A/65/10, nota 1260. Versión revisada propuesta por el relator especial en la que se modifica el título del proyecto de artículo B y se suprime el párrafo 1.

2 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe NO. 86/09, Caso 12.553 Fondo Jorge, José Y Dante Peirano Basso; República Oriental del Uruguay; 6 de agosto de 2009

3 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; Observación General No. 21 - Artículo 10; (44° periodo de sesiones, 1992)

4 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sentencia en el proceso de amparo Ref.674-2006, del día 17 de diciembre de dos mil siete.

5 Declaración Universal de Derechos Humanos; Art. 13: "Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país".

6 Pacto de Derechos Civiles y políticos; Artículo 12: "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 éstas 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".

7 Comisión de Derecho Internacional; A/CN.4/617, 21 de julio de 2009; pág. 5: "Principio recogido en [...] el Acta final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Apátridas, de 23 de septiembre de 1954; artículo 10 del Acuerdo relativo a los Marinos Refugiados, de 23 de noviembre de 1957; párrafo 3 del artículo II de los principio relativos al régimen de los refugiados, aprobados en 1966 por el Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano; resolución 14 (1967) sobre el asilo en favor de las personas amenazadas de persecución, aprobada por el Comité Ministerial del Consejo de Europa; artículo 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Asilo Territorial, aprobada por la Asamblea General el 14 de diciembre de 1967; párrafo 3 del artículo II de la Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) que rige los aspectos inherentes a los problemas de los refugiados de África, de 10 de septiembre de 1969; numerosas conclusiones del Comité Ejecutivo de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), pronunciadas desde 1977; Declaración de Cartagena, de 22 de noviembre de 1984, por la que se reitera "la importancia y significación del principio de no devolución incluyendo la prohibición del rechazo en las fronteras, como piedra angular de la protección internacional de los refugiados".

8 Ibid. Pág. 6.

9 Comisión de Derecho Internacional; A/CN.4/581; Tercer Informe sobre Expulsión de Extranjeros, presentado por el Relator Especial Sr. Maurice Kamto; párr.59.

10 Corte Interamericana de Derechos Humanos; Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados; Opinión Consultiva OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003; serie A No. 18. Párr.112.

11 Ibid. Párr.113.

12 European Court of Human Rights; Case of Boultif v. Switzerland; Judgment; August 2 2001, Parr. 39: "the removal of a person from a country where close members of his family are living may amount to an infringement of the right to respect for family life as guaranteed in Article 8 § 1 of the Convention"

13 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales; Art. 8# 1: "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y *familiar*, de su domicilio y de su correspondencia"

14 Boza Martínez, Diego; El derecho a la vida familiar como límite a las expulsiones de extranjeros condenados por sentencia firme. Breve análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Revista de Derecho Migratorio y Extranjería; n° 11, 2006; pag 2.

15 European Court of Human Rights; *Case of Marckx v. Belgium; Judgment*, June 13, 1979; Párr. 31: "Article 8 (art. 8) makes no distinction between the "legitimate" and the "illegitimate" family. Such a distinction would not be consonant with the word "everyone", and this is confirmed by Article 14 (art. 14) with its prohibition, in the enjoyment of the rights and freedoms enshrined in the Convention, of discrimination grounded on birth".

16 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sentencia en el proceso de inconstitucionalidad Ref. 58-2003, del 13 de diciembre de 2005.

17 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sentencia en el proceso de inconstitucionalidad Ref. 57-2005, del 25 de junio de 2009.

18 Ibid.

19 Por ejemplo el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales establece en su Art 8, respecto al Derecho al respeto a la vida privada y familiar, que "no podrá haber *injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este* derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás". Respecto a ello también se han establecido condiciones para considerar justificadas una intervención de este tipo: European Court of Human Rights; Case Nasri v. France; June 21 1995; Párr.35: "It accordingly falls to determine whether the deportation in question would satisfy the conditions laid down in paragraph 2, namely whether it would be "in accordance with the law", whether it would pursue one or more of the legitimate aims listed in that provision and whether it would be "necessary in a democratic society" to attain the said aim or aims".

20 La Constitución de la República de El Salvador establece en su Art. 32 inc. 1 que: "La familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico."

21 Adviértase que el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales utiliza el término "injerencia", que denota la acción de intervención en el derecho pero no de anulación.

22 Ferrajoli, Luigi; Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal; Editorial Trotta; 1995; p. 28. Ferrajoli, Luigi. Derechos y garantías. Fontamara; *Madrid 2002, P. 37: "Las garantías no son otra cosa que las técnicas* previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional".

23 Idem. P.29.

24 Informe del Consejo de Derechos Humanos; Asamblea General Documentos Oficiales Sexagésimo quinto período de sesiones Suplemento Nº 53 (A/65/53). Resolución 13/19. La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes - la función y la responsabilidad de los jueces, los fiscales y los abogados: "El Consejo de Derechos Humanos insta [...] a los Estados a que aprueben, apliquen y respeten plenamente las *garantías jurídicas y procesales contra* la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes" . "Destaca que las garantías jurídicas y procesales efectivas para prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes incluyen, entre otras cosas, la seguridad de que toda persona arrestada o detenida sea llevada sin demora ante un juez u otro funcionario judicial independiente y de permitir una atención médica oportuna y sistemática, asistencia letrada y visitas de familiares".

25 Convención Americana de Derechos Humanos; Art.8 # 1: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

26 Convención Americana de Derechos Humanos; Art. 25: "1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que *violen sus derechos fundamentales* reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que *se haya estimado* procedente el recurso.

27 Op. Cit. Corte IDH; Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados; Párr.122. La Corte considera que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido *en el marco de las garantías mínimas que se* deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo ratione materiae sino también ratione personae sin discriminación alguna.

28 Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua; sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 29 de enero de 1997; Serie C No. 30; párr. 74. Corte IDH; Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 2 de febrero de 2001; Serie C No. 72; párr.137. Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 2 de septiembre de 2004; Serie C No. 112; párr.155: "La restricción de otros derechos,

por el contrario – como la vida, la integridad personal, la libertad religiosa y el debido proceso – no sólo no tiene justificación fundada en la privación de libertad, sino que también *está prohibida por el derecho internacional*. Dichos derechos deben ser efectivamente respetados y garantizados como los de cualquier persona no sometida a privación de libertad".

29 Corte Interamericana de Derechos Humanos; La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6; Párr. 22

30 Ibid. Párr.23

31 Naciones Unidas, A/CONF.171/13, 18 de octubre de 1994, *Informe* de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en El Cairo del 5 al 13 de septiembre de 1994, Programa de Acción, Capítulo X.A.10.1. Al respecto, la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos ha señalado que [...]es inaceptable deportar a individuos sin darles la posibilidad de argumentar su *caso ante las cortes nacionales competentes*, ya que ello es contrario al espíritu y texto de la Carta [Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos] y del derecho internacional.

32 Comisión de Derecho Internacional; A/CN.4/625/Add.1; *Sexto informe sobre* la expulsión de los extranjeros; Presentado por el Sr.Maurice Kamto; Párr.126.

33 Comisión de Derecho Internacional; A/CN.4/625/Add.2; Segunda adición al Sexto informe sobre la expulsión de los extranjeros; Presentado por el Sr. Maurice Kamto; Párr.9

CUESTIONES CONCRETAS DE SOLICITADAS POR LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DURANTE SU 63º PERÍODO DE SESIONES: EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS.

1. **En lo concerniente al tema "Expulsión de extranjeros", la Comisión desearía que los Estados indicaran si en la práctica nacional tienen efecto suspensivo los recursos presentados contra una decisión de expulsión:**
   - **De un extranjero que se encuentre legalmente en el territorio;**
   - **De un extranjero que se encuentre ilegalmente en el territorio;**
   - **De cualquiera de ellos, independientemente de cuál sea su situación.**

En el ordenamiento jurídico salvadoreño, la expulsión de extranjeros se rige por lo dispuesto en los artículos 60 y 63 de la Ley de Migración, el artículo 42 de la Ley Única del Régimen Político, el Art.47 inciso primero de la Ley de Extranjería, y los artículos 46 y 60 del Código Penal.

En dichas disposiciones se establecen tres aspectos fundamentales respecto a la expulsión: a) Las causales de expulsión, en las que se incluyen el ingreso ilícito, la comisión de delitos y la afectación de intereses nacionales; b) El procedimiento de expulsión, que supone la obligación ineludible de garantizar el derecho de audiencia y la posibilidad de aportar pruebas; y, c) La regulación de los recursos disponibles ante el pronunciamiento de la decisión de expulsión.

No obstante, atendiendo a la interrogante planteada por la Comisión de Derecho Internacional, nos referimos únicamente al tercer aspecto, relativo a los recursos y sus características dentro de la legislación nacional.

En tal sentido, es importante partir del desarrollo jurisprudencial que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador ha presentado, desde hace algunos años, al reconocer el derecho a utilizar los medios impugnativos que la ley otorga como un derecho implícitamente reconocido en la Constitución, es decir, que - pese a no encontrarse expresamente reconocido - "tal derecho se ve constitucionalmente protegido, en cuanto constituye una facultad de los gobernados, que ofrece la posibilidad de alcanzar efectivamente una real protección jurisdiccional[1]"

Por ello, se afirma que la garantía de *acceso a los medios impugnativos* legalmente contemplados, comúnmente denominada "derecho a recurrir", se conjuga con el derecho a la protección jurisdiccional y con el debido proceso y, dentro de éste, con el derecho de defensa y el derecho a la igualdad procesal o equivalencia de armas procesales. Dicha garantía implica que, al consagrarse en la ley un determinado medio impugnativo, debe permitirse a la parte el acceso a la posibilidad de un segundo examen de la cuestión.

Aunado a dicho reconocimiento, la legislación secundaria ha desarrollado todo un conjunto de procedimientos que incluyen la posibilidad de recurrir de la decisión adoptada por una autoridad estatal, ya sea administrativa o judicial, que causa agravio al individuo. En vista de que existen diversas formas de hacer uso de los medios impugnativos en el ámbito de la expulsión, a continuación se expone la regulación vigente, atendiendo a las particularidades de cada materia:

- Las leyes salvadoreñas que regulan la expulsión dentro del contexto administrativo, atienden a esta obligación y prevén la posibilidad de imponer recurso de revisión ante el pronunciamiento de decisiones emanadas del Ministerio de Justicia y Seguridad Pública[2], incluida la decisión de expulsión, dentro de los tres días siguientes a la notificación del fallo.

  El recurso de revisión no reconoce expresamente la posibilidad de suspender la expulsión,

sin embargo, la Dirección General de Migración y Extranjería aplica las normas contenidas en los instrumentos jurídicos internacionales ratificados por El Salvador que, al regular la interposición de los recursos administrativos, prevén el efecto suspensivo de la ejecución de las decisiones de expulsión.

Tal integración normativa, parte del Art. 144 de la Constitución de la República, que reconoce a los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales, como leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de la Constitución.

Por dicha razón, para los procedimientos de expulsión se recurre a lo establecido en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias, la cual indica en su Art.22 numerales 2 y 4 que: "*2. los trabajadores migratorios y sus familiares sólo podrán ser expulsados del territorio de un Estado Parte en cumplimiento de una decisión adoptada por la autoridad competente conforme a la ley. 4. Salvo cuando una autoridad judicial dicte una decisión definitiva, los interesados tendrán derecho a exponer las razones que les asistan para oponerse a su expulsión, así como a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello. Hasta tanto se haga dicha revisión, tendrán derecho a solicitar que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsión*". Asimismo, resulta vinculante para la ejecución de la expulsión, el Art.13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual: "*el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas*".

Por otra parte, requiere especial análisis el recurso contra la decisión de expulsión que ha sido impuesta por la comisión de un delito, puesto que, tal circunstancia, es regulada de forma independiente por la normativa penal. El Art. 46 del Código Penal vigente establece la pena de expulsión del territorio nacional para los extranjeros, como una pena accesoria que consiste en la salida forzosa inmediata del territorio nacional luego de cumplida la pena principal[3] y la prohibición de reingresar a éste durante un plazo determinado, que no puede exceder de 5 años.

Debido a su naturaleza como pena en este ámbito del derecho, la imposición de la expulsión por la realización de un ilícito requiere el desarrollo de todo el procedimiento penal ordinario previsto para cualquier tipo de delito.

Así, atendiendo a la legislación procesal, deberá seguirse el proceso judicial en sus distintas etapas ante un juzgado de paz, de instrucción y finalmente de sentencia - sin perjuicio de las salidas alternas al proceso previstas por la ley- y deberán observarse todas las garantías necesarias en su tramitación, ya que se ha reconocido expresamente que "ninguna persona podrá ser condenada a una pena ni sometida a una medida de seguridad sino mediante una sentencia firme, dictada en juicio oral y público, llevado a cabo conforme a los principios establecidos en la Constitución de la República, [el Código Procesal Penal] y demás leyes, con observancia estricta de las garantías y derechos previstos para las personas[4]".

Una vez dictada la sentencia definitiva, en la que se impone una pena principal y la pena accesoria de expulsión, el procesado tiene la posibilidad de plantear un recurso de apelación contra la sentencia[5], por la inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal, en cuanto a cuestiones de hecho o de derecho. En este caso, debe hacerse aplicarse la regla general del efecto suspensivo, prevista en el Art. 457 del Código Procesal Penal, según el cual "la resolución impugnada no será ejecutada durante el plazo para recurrir y mientras se tramita el recurso, salvo disposición legal en contrario".

- Finalmente, la Constitución de la República impone a los extranjeros, desde el instante en que lleguen al territorio nacional, la obligación de respetar a las autoridades y a obedecer las leyes; sin embargo, también dispone que "*adquieren el derecho a ser protegidos por ellas*[6] ". Esta dicotomía entre obligaciones y derechos permite que toda persona extranjera -al igual que los nacionales- tengan derecho de hacer uso de los mecanismos de protección que establece la Constitución, como lo son el **proceso de Habeas Corpus**[7] y el **proceso de Amparo**[8], los cuales - aunque no constituyen recursos propiamente tales contra la decisión de expulsión - son procesos destinados a la tutela reforzada de los derechos fundamentales reconocidos a toda persona. Así, la Constitución de la República establece:

  > *"Art.11 inc.2 - La persona tiene derecho al habeas corpus cuando cualquier individuo o autoridad restrinja ilegal o arbitrariamente su libertad. También procederá el habeas corpus cuando cualquier autoridad atente contra la dignidad o integridad física, psíquica o moral de las personas detenidas.*
  > *Art. 247- Toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por violación de los derechos que otorga la presente Constitución".*

  En este amplio contexto de tutela, podrán enmarcarse, *inter alia*, todas aquellas violaciones a los derechos fundamentales cometidas en la adopción de la decisión de expulsión o en su ejecución, siempre que, con la petición de amparo o habeas corpus, se pretenda proteger el derecho en sí mismo y no plantear una cuestión de mera legalidad[9].

  De acuerdo a la Ley de Procedimientos Constitucionales[10], que regula los procesos mencionados, la Sala de lo Constitucional debe resolver sobre la suspensión del acto contra el que se reclama al admitir la demanda de amparo, aún cuando el peticionario no lo hubiere solicitado. En estos casos, la suspensión sólo procede respecto de actos que produzcan o puedan producir efectos positivos, por lo que, indudablemente, sería viable decretar la suspensión de una decisión de expulsión, de manera provisional, pues sus efectos no podrían ser fácilmente restituidos en la sentencia definitiva.

Por lo expuesto anteriormente, puede concluirse que el ordenamiento jurídico salvadoreño prevé la posibilidad de impugnar la decisión de expulsión o de buscar tutela jurisdiccional cuando se ha violentado un derecho fundamental. Del mismo modo, se permite el efecto suspensivo de la expulsión, por decisión de la autoridad competente, durante la tramitación del recurso o proceso correspondiente.

En todo caso, ni la Constitución de la República, ni las normas secundarias distinguen entre un extranjero que se encuentra legalmente en el territorio y un extranjero que se encuentre ilegalmente en el territorio, a efectos de permitirle hacer uso de los recursos disponibles y de otorgar efecto suspensivo a la decisión de expulsión, ya que dicha facultad se enmarca dentro del derecho fundamental que tiene toda persona de tener acceso a los medios impugnativos legalmente contemplados.

2. **¿Consideran los Estados en que exista esa práctica que ésta debería exigirse en derecho internacional?**

El Salvador considera que, dentro del contexto internacional, ya se ha avanzado en la tendencia de otorgar efecto suspensivo a las decisiones de expulsión durante la tramitación de un recurso, lo cual se refleja directamente en el Art.22 párrafo 4 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias.

Por otra parte, somos de la opinión que la Comisión de Derecho Internacional también debería tener en cuenta que, el efecto suspensivo tiene un carácter meramente instrumental, que se incluye dentro del marco general que regula los medios impugnativos.

Como consecuencia de lo anterior, si se pretende determinar si dicha práctica existe actualmente en el derecho internacional, no es adecuado separar categóricamente el reconocimiento que realizan diversos tratados del derecho a recurrir, del efecto suspensivo que –en ciertas ocasiones – se le otorga a los recursos.

Esto significa que, la posibilidad de suspender una decisión durante la tramitación de un recurso, no es más que una de las reglas que pueden operar en ejercicio del derecho a recurrir, por lo que, su falta de estipulación expresada en algunos instrumentos, no implica necesariamente que no se encuentre vigente en el ámbito internacional.

En todo caso, el efecto suspensivo de una decisión no constituye una regla general, sino que depende del asunto de fondo que se discute en cada proceso y de la naturaleza de la decisión impugnada. Generalmente, la suspensión procede en aquellos casos en que es necesario asegurar un derecho, debido al peligro de que éste se vea lesionado de forma irreparable mediante la ejecución de la decisión, de ahí que la legislación salvadoreña prevea la suspensión del acto impugnado en los procesos de amparo, cuando este pueda potencialmente producir efectos positivos.

3. **La Comisión agradecería también recibir las opiniones de los Estados sobre si, se trate o no de una cuestión de derecho internacional, la presentación de un recurso contra una decisión de expulsión debería suspender la ejecución de la decisión.**

El Salvador es de la opinión que esta interrogante no puede plantearse en términos absolutos, ya que, en algunos casos, resulta necesario otorgar efecto suspensivo a las decisiones de expulsión para evitar un perjuicio grave al individuo causado por una decisión que puede ser posteriormente revocada, principalmente cuando su vida o integridad física se encuentran en peligro. No obstante, la suspensión de todas las decisiones de expulsión tampoco puede convertirse en la regla general, debido a la posibilidad de que ésta sobrepase la capacidad del sistema estatal o que se constituya en una mera estrategia del recurrente, sin atender a los fines que persigue.

Aunque podrían parecer contrarias, éstas dos posturas son reconciliables en el ordenamiento jurídico a través de las reglas que rigen la adopción de medidas cautelares en el ámbito del derecho procesal en general, ya que la suspensión de la decisión de expulsión, no sería más que un mecanismo –emitido *ab initio* o en el transcurso del proceso– tendente a asegurar la eficacia práctica de la decisión definitiva que se emita.

Jurisprudencialmente se ha reconocido que toda medida cautelar posee los siguientes caracteres: (a) Instrumental, es decir, preordenada a una decisión definitiva de la cual asegura su fructuosidad; (b) Provisional, por lo que sus efectos tienen una duración limitada, sin aspirar a transformarse nunca en definitiva; sino que por su naturaleza, está destinada a extinguirse en el momento en que se dicte sentencia sobre el fondo del asunto; (c) Urgente, pues basta para su rápido pronunciamiento la idea de peligro, de lo contrario, el peligro se transforma en realidad; (d) Susceptible de alteración, es variable y aún revocable de acuerdo al principio *rebus sic stantibus*; esto es, cabe su modificación al alterarse el estado sustancial de los datos reales sobre los cuales la medida se adoptó; (e) Se extingue a término o plazo, es decir, sus efectos se extinguen en el momento en que emana, con fuerza de cosa juzgada, la resolución del asunto principal; y, (f) No surte efecto de cosa juzgada, su especial objeto, su instrumentalidad, su variabilidad y su especial carácter provisional, difieren de los efectos que derivan de una sentencia con fuerza de cosa juzgada [11].

Dichos caracteres manifiestan la importancia que poseen las medidas cautelares en el ámbito procesal para garantizar la efectividad de lo que se resuelve, al punto que sin ellas, el proceso resultaría inocuo y el fallo meramente ilusorio. Los procesos de expulsión y los recursos a las decisiones que provienen de éstos, no constituyen una excepción al respecto, pues, debido al gran impacto que la ejecución de la expulsión posee en el individuo, se requiere la aplicación de medidas cautelares en una gran cantidad de casos, ya no sólo para evitar el traslado de un territorio a otro, sino para evitar todas las consecuencias que dicho acto proyecta en la condición de vida del recurrente y en el ejercicio de otros derechos básicos como la protección a la familia, el derecho a la salud, a la educación, al trabajo, a la propiedad privada, entre otros.

Por lo anterior, en este tema, sería más atinado mantener abierta la posibilidad de suspender la decisión de expulsión, y así conservar el status quo para el extranjero, cuando la decisión de expulsión pueda producirle graves efectos y, más aún, cuando éstos sean de carácter irreversible incluso ante una resolución a su favor.

La labor de la Comisión de Derecho Internacional podría orientarse, entonces, a analizar qué tipo efectos dañinos deberían evitarse a partir de un análisis realizado a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, ello sin prescindir de la potestad que poseen los tribunales y autoridades nacionales de analizar las particularidades de cada caso concreto.

Para asegurar la efectividad de ésta medida cautelar, consideramos esencial que la Comisión no fundamente los supuestos que pueden dar lugar a la suspensión de la expulsión, en la condición migratoria del extranjero, sino, en los efectos reales que la ejecución de la expulsión provocaría en cada caso.

Por ejemplo, ejecutar una decisión de expulsión contra una persona que ha permanecido durante varios años en el territorio del Estado –ya sea regular o irregular–produciría un desarraigo en todos los aspectos de su vida, lo cual podría justificar que se suspenda la expulsión, únicamente durante el período en que tramita el recurso y hasta su resolución. Asimismo - al margen de los procesos relativos a la condición de refugiado, asilado o apátrida – debe prestarse atención al gran número de casos en que la decisión de expulsión incide de un modo inevitable sobre las futuras condiciones de vida del individuo o sobre su seguridad personal.

Ciertamente, en este ámbito, la complejidad de la realidad estatal conduce a que la casuística sea interminable, por lo que, en definitiva, El Salvador considera que - una vez establecida la naturaleza cautelar que posee la suspensión de la expulsión- deberían establecerse reglas de carácter general,

que indique las pautas o presupuestos básicos para su adopción, a lo cual pueden añadirse supuestos ejemplificativos, como los antes señalados.

[1] Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; Proceso de inconstitucionalidad Ref. 53-2003, Sentencia de fecha 3 de junio de 2005.

[2] Antes denominado Ministerio del Interior, por lo que ésta es la forma en la que se le denomina en la ley.

[3] Código Penal; Art. 45.- Son penas principales: 1) La pena de prisión, cuya duración será de seis meses a setenta y cinco años. En los casos previstos por la ley el cumplimiento de la pena será en una celda o pabellón especial de aislados, debiendo cumplirse desde su *inicio no menos del diez por ciento de la condena. 2) La pena de arresto de fin de semana,* cuya duración será entre cuatro y ciento cincuenta fines de semana; 3) La pena de arresto domiciliario, cuya duración será de uno a treinta días; 4) La pena de multa, cuyo importe se cuantificará en días multa y será de cinco a trescientos sesenta días multa; y, 5) La pena de prestación de trabajo de utilidad pública, cuya duración será de cuatro a ciento cincuenta jornadas semanales

[4] Código Procesal Penal; Art.1.

[5] Código Procesal Penal; Art. 468.- El recurso de apelación procederá contra las sentencias definitivas dictadas en primera instancia.

[6] Constitución de la República, Art.96.

[7] Ley de procedimientos Constitucionales; Art. 40.- En todos los casos, sean cuales fueren, en que exista prisión, encierro, custodia o restricción que no esté autorizado por la ley, o que sea ejercido de un modo o en un grado no autorizado por la misma, la parte agraviada tiene derecho a ser protegida por el auto de exhibición de la persona.

[8] Ley de procedimientos Constitucionales; Art. 12.-"Toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por *violación de los derechos que le otorga la Constitución*".

[9] Ley de procedimientos Constitucionales; Art. 13.- El juicio de amparo es improcedente en asuntos judiciales puramente civiles, comerciales o laborales, y respecto de sentencias definitivas ejecutoriadas en materia penal.

[10] Suspensión del Acto Reclamado Art. 19.- Al admitir la demanda, la Sala en el mismo auto, resolverá sobre la suspensión del acto contra el que se reclama, aún cuando el peticionario no la hubiere solicitado. En todo caso, la suspensión sólo procede respecto de actos que produzcan o puedan producir efectos positivos.

[11] Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; Proceso de amparo Ref. 282-2004, Sentencia de fecha 22 de febrero de 2005; y Proceso de inconstitucionalidad Ref. 16-2011, Sentencia de fecha 27 de abril de2011: "las medidas cautelares se caracterizan principalmente por las siguientes notas: (i) la instrumentalidad; (ii) la urgencia; (iii) la provisionalidad; (iv) porque son susceptibles de alteración, variación y revocación, con base en el principio rebus sic stantibus; y (v) porque no surten efecto de cosa juzgada"