

Derechos Humanos ha insistido en la prohibición de la discriminación entre géneros por lo que respecta al derecho del extranjero a impugnar la expulsión²⁶⁹. En sexto lugar, el derecho a la protección consular se basa en los artículos 36 y 38 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. La Corte Internacional de Justicia ha aplicado el artículo 36 en los casos *LeGrand* y *Avena*, y el Presidente de la Corte ha recordado las dificultades de esta aplicación durante su intervención ante la Comisión de Derecho Internacional. Este derecho encuentra también apoyo en la Declaración sobre los derechos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, que figura como anexo a la resolución 40/144 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 13 de diciembre de 1985, y también en muchos derechos internos. Se trata pues de un derecho debidamente reconocido en derecho internacional. En séptimo lugar, el derecho a un abogado es también un derecho convencional, previsto en particular en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y que está respaldado por la jurisprudencia internacional, por ejemplo en la jurisprudencia del Comité contra la Tortura en el caso *Josu Arkauz Arana c. Francia*, aunque esta jurisprudencia no podría equipararse a la de la Corte o a la de las jurisdicciones internacionales, así como en la mayoría de las legislaciones nacionales y en la doctrina. En octavo lugar, el derecho a la ayuda jurisdiccional, que está sobre todo reconocido en el derecho de la Unión Europea, está consagrado en particular por el artículo 12 de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración²⁷⁰. Diversas legislaciones nacionales prevén igualmente este derecho, como se indica en las notas del párrafo 388 [112] del informe. Aunque este derecho no tiene un fundamento reconocido en derecho convencional ni en la jurisprudencia de las instancias internacionales, el Relator Especial considera, teniendo en cuenta la práctica de la Unión Europea y de numerosas legislaciones nacionales en el mismo sentido, que podría reconocerse en el marco del desarrollo progresivo del derecho. Esta propuesta se basa en que las personas objeto de expulsión se encuentran a menudo entre las más desfavorecidas y la mayoría de las veces serían incapaces de sufragar los servicios de un abogado. Se trata de extender a estas personas el beneficio de la asistencia legal a las personas necesitadas, previsto en la mayoría de las legislaciones nacionales. Finalmente, el derecho a la traducción y la interpretación, al igual que el derecho a la ayuda jurisdiccional, encuentra apoyo en el derecho de la Unión Europea y en la mayoría de las legislaciones nacionales, como lo demuestran las referencias que figuran en el párrafo 391 [115] del informe. Se trata indudablemente de un principio de derecho procesal reconocido por todos los países y, a diferencia de la ayuda jurisdiccional en que hay divergencias o silencio en algunas legislaciones, se observa una tendencia general, ampliamente mayoritaria, a reconocer este derecho. Si la noción de «principios generales de derechos reconocidos por las naciones civilizadas», previsto en el

²⁶⁹ Observación general n.º 28 (2000) sobre el artículo 3 (Igualdad de derechos entre hombres y mujeres), *ibíd.*, *quinquagésimo quinto período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/55/40)*, vol. I, anexo VI, pág. 139, párr. 17.

²⁷⁰ *Diario Oficial de la Unión Europea*, n.º L 16, 23 de enero de 2004, pág. 44.

Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, tiene sentido en derecho internacional, el derecho a la traducción y a la interpretación puede ser reconocido en este marco.

59. Habida cuenta de los análisis que ha expuesto sucintamente, el Relator Especial propone un proyecto de artículo C.1 titulado «Derechos procesales del extranjero objeto de expulsión», redactado en los siguientes términos:

1. El extranjero objeto de expulsión tiene los derechos procesales siguientes:

- a) el derecho a la notificación de la decisión de expulsión;
- b) el derecho a impugnar la expulsión [la decisión de expulsión];
- c) el derecho a ser escuchado;
- d) el derecho de acceso sin discriminación a recursos eficaces para impugnar la decisión de expulsión;
- e) el derecho a la protección consular;
- f) el derecho a un abogado;
- g) el derecho a ayuda jurisdiccional;
- h) el derecho a la interpretación y la traducción en un idioma que comprenda.

2. Los derechos enumerados en el párrafo 1 *supra* se entienden sin perjuicio de otras garantías procesales previstas por la ley.

60. El Relator Especial había pensado incluir en el encabezamiento del párrafo 1 de este proyecto de artículo la expresión «en particular» después del verbo «tiene», a fin de indicar claramente que la lista de los derechos en cuestión no es exhaustiva, y que pueden reconocerse otros derechos procesales que no se han tenido en cuenta en el proyecto de artículo. Sin embargo, el examen de los instrumentos jurídicos internacionales disponibles le ha mostrado que, en realidad, únicamente los derechos enumerados están de momento reconocidos formalmente o son susceptibles de serlo en el marco del desarrollo progresivo. Siendo así, el Relator Especial no tendría inconveniente en que la Comisión introduzca la expresión «en particular», si desea precisar que la lista de estos derechos no es exhaustiva.

Se levanta la sesión a las 12.35 horas.

3063.ª SESIÓN

Martes 13 de julio de 2010, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Nugroho WISNUMURTI

Miembros presentes: Sr. Caffisch, Sr. Candioti, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sra. Jacobsson, Sr. Kamto, Sr. Kemicha, Sr. McRae, Sr. Melescanu, Sr. Murase, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Perera, Sr. Saboia, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vargas Carreño, Sr. Vasciannie, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Michael Wood.

Expulsión de extranjeros (continuación) (A/CN.4/620 y Add.1, secc. C, A/CN.4/625 y Add.1 y 2, A/CN.4/628 y Add.1)

[Tema 6 del programa]

SEXTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a reanudar el examen del sexto informe del Relator Especial sobre la expulsión de extranjeros (A/CN.4/625 y Add.1 y 2).

2. El Sr. GAJA dice que el Relator Especial examina en esta parte de su sexto informe garantías procesales que se aplican exclusivamente a los extranjeros en situación legal o regular. La distinción entre extranjeros en situación regular y extranjeros en situación ilegal o irregular tiene una importancia indubitable en relación con el examen de las cuestiones de procedimiento. Muchos instrumentos jurídicos de basan en esa distinción: el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por ejemplo, prevé una protección específica de los extranjeros que se hallen «legalmente» en el territorio del Estado autor de la expulsión. Dejar sin protección procesal a los extranjeros en situación irregular, sin embargo, podría poner en peligro algunos de los requisitos materiales que se aplican también a ellos. Los extranjeros en situación irregular comprenden millones de personas con importantes vínculos con el Estado autor de la expulsión, que puede estar enterado de su presencia y tolerarla sin reconocerles la condición de extranjero en situación legal hasta que, debido a un cambio de orientación política o por otros motivos, decide centrar su atención en determinado individuo o grupo de individuos.

3. Según el proyecto de artículo A1, párrafo 2, un Estado «puede [aplicar] también» a la expulsión de extranjeros en situación irregular las normas que amparan a los extranjeros que se hallan en situación regular. Es obvio que un Estado está facultado para dar a los extranjeros en situación irregular toda la protección que desee, pero la cuestión es si está obligado a hacerlo. Cabe sostener que el Estado autor de la expulsión está obligado a aplicar su propia legislación, un requisito que no se basa necesariamente en una especie de *estoppel* o doctrina de los actos propios, como se sugiere en el párrafo 338 [62] de esta segunda parte del informe, sino más bien en la prohibición de arbitrariedad.

4. Es posible llevar algo más lejos la protección procesal de los extranjeros en situación irregular y sostener que aunque no suele considerarse la expulsión como una sanción penal, constituye una medida severa a la que cabría aplicar por analogía la norma relativa al derecho a un juicio imparcial para afirmar el derecho a una justa evaluación de las condiciones para proceder a la expulsión.

5. El proyecto de artículo C1 contiene una larga lista de garantías procesales para los extranjeros en situación regular, entre las cuales el derecho a ser informado y a que la decisión de expulsión sea revisada por un órgano independiente son esenciales. Otro derecho importante, que no se menciona específicamente, es el derecho a que se suspenda la ejecución de la expulsión hasta que se dicte la decisión de revisión. Ese derecho, que podría

estar sujeto a algunas condiciones, es muy importante en la práctica, porque la mayoría de los extranjeros tropezarían con grandes dificultades para regresar una vez se les hubiera hecho volver a un país lejano. El artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos puede que proporcione un argumento a favor de la existencia de ese derecho. Reconoce al extranjero el derecho a someter su caso a revisión y a hacerse representar con tal fin ante la autoridad competente a menos que se opongan a ello «razones imperiosas de seguridad nacional». La referencia a la seguridad nacional solo puede entenderse en relación con la presencia del extranjero en el territorio del Estado autor de la expulsión; de ello se desprende que si la presencia del extranjero no pone en peligro la seguridad nacional, su expulsión debería suspenderse hasta que concluyera la revisión.

6. La práctica estatal citada en apoyo de las garantías procesales enumeradas en el proyecto de artículo C1 no siempre viene al caso. La práctica de los Estados miembros de la Unión Europea analizada en los párrafos 394 [118] a 401 [125], en particular, no es muy relevante. La normativa de la Unión Europea relativa a los extranjeros de terceros países es ciertamente pertinente, pero las normas relativas a la libre circulación de las personas dentro de la Unión Europea y que reconocen derechos a los nacionales de los países miembros de la Unión Europea no parecen muy pertinentes cuando se trata de establecer una norma según el derecho internacional. Esta observación se aplica por ejemplo al asunto *Pecastaing*, mencionado en el párrafo 397 [121], en el que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se vio confrontado a un conflicto entre el principio, visto siempre de una manera positiva, de la libertad de circulación de los nacionales de los Estados miembros, por una parte, y una valoración negativa del fin de esa circulación en el caso examinado, por otra.

7. Para terminar, el orador no tiene nada que objetar a que los tres proyectos de artículo se remitan al Comité de Redacción para un análisis más detenido, a condición de que se redacte un texto suplementario que otorgue a los extranjeros en situación irregular ciertas garantías procesales.

Se levanta la sesión a las 10.15 horas.

3064.ª SESIÓN

Miércoles 14 de julio de 2010, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Nugroho WISNUMURTI

Miembros presentes: Sr. Caflisch, Sr. Candioti, Sr. Comissário Afonso, Sr. Dugard, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sra. Jacobsson, Sr. Kamto, Sr. Kemicha, Sr. McRae, Sr. Melescanu, Sr. Murase, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Pellet, Sr. Perera, Sr. Saboia, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vargas Carreño, Sr. Vasciannie, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.