

79. El Sr. NOLTE pregunta si se han expresado opiniones en la AALCO sobre la cuestión de saber si el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos²⁹⁰ debería adoptar la forma de un proyecto de convención o permanecer en su estado actual y seguir ejerciendo su influencia a través de la jurisprudencia internacional, arbitral o judicial.

80. Sir Michael WOOD pregunta si la documentación de la AALCO relativa a los temas que examina la Comisión está disponible de una forma u otra. En segundo lugar, al igual que el Sr. Hassouna, pregunta cuáles son los temas que la AALCO desearía que examinara la Comisión. Con respecto a las fechas en que se celebra el período de sesiones de la AALCO, indica que las del Comité de Derecho Internacional del Consejo de Europa siempre se celebran durante la primera o segunda semana de septiembre, antes que la Asamblea General de las Naciones Unidas, lo cual tiene muchas ventajas. Por último, cabe congratularse del establecimiento de organizaciones regionales de carácter jurídico, pero que es preciso esforzarse en preservar la unidad del derecho internacional.

81. El Sr. MOHAMAD (Secretario General de la AALCO), respondiendo al Sr. Perera, dice que ha tomado nota de sus dos observaciones y que se propone examinar con los Estados miembros de la AALCO la posibilidad de organizar reuniones entre períodos de sesiones. Las fechas en que se celebra el período anual de sesiones sin duda representan un problema para muchos miembros.

82. Con respecto a la pregunta del Sr. Nolte, incumbe a los Estados miembros pronunciarse, y no a la secretaría. Además, informa a Sir Michael Wood de que la documentación de la AALCO puede descargarse en el sitio web de la organización.

83. El Sr. VASCIANNIE, refiriéndose a la creación de la Comisión Africana de Derecho Internacional, pregunta al Secretario General de la AALCO si esta considera que puede servir de modelo para que los países de Asia creen un organismo análogo o si la creación de dicha comisión regional puede poner en peligro la unidad del derecho internacional.

84. El Sr. MOHAMAD (Secretario General de la AALCO) dice que incumbe a los Estados de Asia decidir si crean o no una comisión análoga.

85. El Sr. HMOUD pregunta si hay algunas cuestiones concretas de las que la AALCO quisiera que la Comisión se ocupara, y qué desearía esa organización que hicieran los Estados miembros para ayudarla.

86. El Sr. MOHAMAD (Secretario General de la AALCO) responde que tiene el propósito de pedir a los Estados miembros de la AALCO que establezcan prioridades con respecto a los temas y las cuestiones que desearían que la Comisión estudiara.

Se levanta la sesión a las 12.50 horas.

3065.ª SESIÓN

Jueves 15 de julio de 2010, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Nugroho WISNUMURTI

Miembros presentes: Sr. Cafilisch, Sr. Candioti, Sr. Comissário Afonso, 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.

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 y, en particular, de la parte sobre los procedimientos de expulsión.

2. Sir Michael WOOD dice ser partidario de remitir al Comité de Redacción los tres proyectos de artículo A1, B1 y C1 que figuran en la segunda parte del sexto informe sobre la expulsión de extranjeros. Esa parte se basa en una gran variedad de fuentes y enuncia propuestas para el desarrollo progresivo del derecho internacional, que es una parte importante del mandato de la Comisión.

3. La expulsión de extranjeros es un rasgo deprimente del mundo moderno. Algunos de los peores abusos de los derechos humanos se producen durante el proceso de expulsión. Las personas que se hallan ilegalmente en el territorio de un Estado sufrían a menudo en sus lugares de origen unas condiciones insoportables: generalmente víctimas de explotación, eran objeto de exclusión social y vivían marginados. Algunos abusan de su presencia y esa situación debe resolverse, pero cualquier medida en ese sentido tiene que ser plenamente conforme al derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos. Todas las personas que se hallen dentro del ámbito de jurisdicción de un Estado, independientemente de que su presencia sea legal o ilegal, tienen derecho al pleno respeto de sus derechos humanos. Todo lo que pueda hacer la Comisión para llamar la atención sobre los abusos que se cometen en relación con la expulsión de extranjeros es bienvenido, especialmente si la Comisión puede hacer propuestas razonables dirigidas al desarrollo progresivo del derecho internacional en esta esfera. Esas propuestas, aun cuando no sean aceptadas inmediatamente por los Estados, podrían indicar el camino hacia un futuro mejor. Con ese espíritu trabaja el Relator Especial y la Comisión debería hacer lo mismo.

4. En el informe se hace una importante distinción entre los extranjeros que se hallan en situación regular

²⁹⁰ Véase la nota 217 *supra*.

en el territorio de un Estado y los que se encuentran allí irregularmente. Muchos instrumentos internacionales de basan en esta distinción y, por lo tanto, se aplican solo a la expulsión de personas que se encuentran legalmente en el territorio. Tal vez sea algo engañoso afirmar, como hace el Relator Especial en el párrafo 279 [3] de la segunda parte del informe, que la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951, es el único instrumento internacional que establece explícitamente esa distinción. Será importante diferenciar bien en el proyecto de artículos estas dos categorías de extranjeros, porque algunas formas de protección solo son apropiadas respecto de las personas que se hallen en situación regular en el territorio de un Estado. Sin embargo, como ha sugerido el Sr. Gaja, la Comisión quizás tenga que examinar hasta qué punto ciertas personas que han permanecido durante algún tiempo en el país, aunque fuere irregularmente, merecen una consideración especial. Apoya también la sugerencia del Sr. Hmoud relativa al cambio de estatuto.

5. La terminología es importante, y la Comisión debería tratar de evitar expresiones como «extranjero ilegal», que quizás sea útil para simplificar, pero que es poco feliz e incluso cargada de emotividad. No es la persona la que es ilegal: no constituye una especie de forajido. Lo que es de algún modo irregular es la presencia en el territorio de un Estado.

6. El Relator Especial se ha esforzado por describir las disposiciones legales en vigor en algunos países. Esto, por supuesto, es una tarea difícil, ya que los sistemas jurídicos difieren grandemente entre sí y cambian con rapidez en función de las nuevas circunstancias. Salvo si la información está al día y ha sido facilitada por un gobierno o un experto local en inmigración, probablemente no será muy exacta. Así ocurre, por ejemplo, con la descripción de la posición del Reino Unido que figura en los párrafos 303 [27] a 305 [29] de la segunda parte del informe. No obstante, la Comisión debería tener plenamente en cuenta la abundante información y las observaciones recibidas de los gobiernos que figuran en el documento A/CN.4/628 y Add.1.

7. Pasando a considerar los tres proyectos de artículo A1, B1 y C1, el orador dice que el proyecto de artículo A1, párrafo 1, constituye una introducción satisfactoria a esta sección. Lo que importa es determinar las garantías procesales que serán aplicables a las personas que se hallen en situación regular en el territorio del Estado que expulsa. Como el Sr. Gaja, tiene sus dudas acerca de la utilidad del párrafo 2, aunque introduce el concepto de personas que han residido en el país durante cierto tiempo.

8. El proyecto de artículo B1, que establece la garantía procesal básica según la cual un extranjero solo podrá ser expulsado «en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley», debería aplicarse independientemente de que esa persona se halle legal o ilegalmente en el territorio. Aunque la ley aplicable puede ser diferente, el principio según el cual la expulsión solo puede efectuarse conforme a la ley ciertamente es válido para todos. Por esta razón, esa disposición no debe formar parte del proyecto de artículo A1.

9. Como reconoce el Relator Especial, el proyecto de artículo C1 corresponde hasta cierto punto al ámbito del desarrollo progresivo del derecho. La Comisión debe examinar cuán pormenorizada tiene que ser esa disposición. Los procedimientos y las garantías de que estos van acompañados varían grandemente en los diferentes sistemas jurídicos y cambian constantemente dentro de ellos. La Comisión no debería dejarse llevar por un excesivo afán regulador, pero debe enunciar los requisitos fundamentales que han de cumplirse, sin perjuicio de que en un sistema jurídico determinado se pueda invocar una mayor protección.

10. Tal vez sea útil que la Comisión empiece por enunciar los objetivos básicos de los procedimientos de expulsión. Dichos objetivos podrían ser que las decisiones de expulsión se dicten conforme a la ley, que sean efectivas y que sean justas para la persona amenazada de expulsión. Si la Comisión enuncia los fines de los procedimientos en términos generales, la lista de derechos procesales puede ser meramente indicativa en vez de exhaustiva. El artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es un buen punto de partida, pero a los efectos de la tarea de la Comisión no debería constituir el límite de su ambición. El orador se manifiesta de acuerdo con los miembros que han sugerido que la referencia a la seguridad nacional que figura en dicho artículo se incluya también en el proyecto de texto de la Comisión.

11. Limitar la aplicación del proyecto de artículo C1 a las personas que se encuentren en situación regular en el territorio de un Estado podría tener un efecto negativo en los derechos de que puedan gozar otras personas de conformidad con la legislación de ciertos Estados o de tratados de derechos humanos, por ejemplo en virtud del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos u otros textos en materia de prisión preventiva, que a menudo forma parte del proceso de expulsión. Quizás debería hacerse constar explícitamente en el comentario que la Comisión no trata de dar a entender en el proyecto de artículo C1 que otras personas no gozan de similares derechos.

12. La lectura del sexto informe e informes anteriores pone de manifiesto hasta qué punto la práctica de los Estados en materia de expulsión se desarrolla en el ámbito de «regímenes especiales», para emplear la terminología del estudio de la Comisión sobre la fragmentación del derecho internacional²⁹¹. Entre esos regímenes especiales figuran la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951, y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1967, en los que desgraciadamente no son partes todos los Estados, el ordenamiento jurídico de la Unión Europea y los sistemas de derechos humanos del Consejo de Europa. El primero de esos regímenes se limita a los refugiados, el segundo a los ciudadanos de la Unión Europea, que por tanto gozan de la libertad de circulación en el interior de la Unión, y el tercero es un sistema regional para la protección de los derechos humanos

²⁹¹ Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional (informe del Grupo de Estudio de la Comisión completado por Martti Koskeniemi (A/CN.4/L.682 y Corr.1 y Add.1) (disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 58.º período de sesiones; el texto definitivo se publicará como un anexo del *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte)).

en los 47 Estados miembros del Consejo de Europa. La primera consecuencia es que la Comisión debe mostrarse cautelosa al inspirarse en la práctica y la jurisprudencia que se ha desarrollado en el marco de esos regímenes especiales. La segunda es que quizás convenga incluir en algún lugar del proyecto de artículos una cláusula de salvaguardia en el sentido de que nada de lo dispuesto en el proyecto de artículos tiene por objeto reducir la protección ofrecida por «regímenes especiales» como la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951, y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1967.

13. La Sra. JACOBSSON felicita al Relator Especial por haber abordado en su sexto informe algunas cuestiones semánticas delicadas. Se necesita hilar delgado para aclarar los conceptos de «extranjero residente» o «extranjero que se encuentra en situación regular en el territorio de un Estado», por una parte, y de «extranjero que se encuentra irregularmente en el territorio de un Estado», por otra. En la práctica se alude a las personas de esta última categoría de las más diversas maneras, como «migrantes irregulares», «migrantes no regulados», «migrantes indocumentados», «migrantes clandestinos» o «migrantes ilegales». La Organización Internacional para las Migraciones dice que se utilizan todas esas expresiones, pero que no hay consenso sobre un término único. El Relator Especial ha eludido esas dificultades semánticas al referirse a «un extranjero que se halle legalmente [en situación regular] en el territorio del Estado que lo expulsa» y a «un extranjero en situación irregular en el Estado que expulsa». Si bien esta solución parece acertada, tal vez no permita responder a todas las cuestiones con que se enfrentará la Comisión al elaborar unas normas procedimentales.

14. En el párrafo 316 [40] de la segunda parte del informe, el Relator Especial propone un proyecto de artículo A1 dedicado específicamente a la determinación del ámbito de aplicación de las normas de procedimiento que se refiere exclusivamente a los extranjeros en situación regular en el Estado que expulsa, pero no aborda la cuestión de los extranjeros que hayan entrado «ilegalmente» en su territorio. Aunque es un punto de partida lógico, plantea dos cuestiones. La primera es la de si siempre es posible determinar cuando una persona ha entrado o permanece ilegalmente en el territorio del Estado que expulsa. La segunda es la de si resulta satisfactorio dar a un Estado la posibilidad de aplicar garantías procesales de su elección en tales situaciones, como se desprende implícitamente de las palabras «un Estado puede» del proyecto de artículo A1, párrafo 2. La oradora se pregunta si el derecho internacional exige, o debería exigir, que se mantengan ciertos estándares mínimos.

15. Aunque la respuesta a la primera cuestión parece ser «sí», puesto que es suficiente remitirse a la legislación del Estado que expulsa, podrían darse situaciones en que la legislación sea vaga o en que el Estado haya actuado de una manera que haya inducido a los extranjeros a pensar que su presencia era tolerada *de facto*, al no hacer respetar la legislación o incluso al alentar la presencia de extranjeros en su territorio. Con respecto a la segunda cuestión, la oradora conviene con el Sr. Gaja y Sir Michael Wood en que la Comisión debería especificar las garantías procesales fundamentales aplicables a todas las personas amenazadas de expulsión, incluidas las que

hayan entrado ilegalmente en el territorio del Estado que expulsa. La oradora está de acuerdo con los ejemplos de garantías indicados por Sir Michael.

16. El fundamento jurídico de esas garantías está relacionado con el concepto básico de estado de derecho en los planos nacional e internacional. Esto no significa que las personas que han entrado ilegalmente en el territorio del Estado que expulsa tienen el derecho de permanecer en él. El motivo para tratar esta cuestión es simplemente el de reconocer el principio de que se debe aplicar el concepto básico de estado de derecho, con efectos en los derechos humanos del individuo. Es de suponer que en 2010 un Estado soberano ha de estar dispuesto a ejercer su soberanía en plena conformidad con el estado de derecho en términos de garantías procesales debidas y seguridad jurídica. Si bien es correcto afirmar que un Estado soberano tiene un derecho de expulsión, como señaló el Sr. Hmoud en la sesión anterior el Estado que expulsa no goza de una potestad discrecional absoluta en materia procesal. La Comisión ya estableció el estándar aplicable en el proyecto de artículo 3 sobre el derecho de expulsión. En cuanto a si es necesario reiterar esa exigencia en el proyecto de artículo B1 es una cuestión a debatir.

17. Otro aspecto extraño del proyecto de artículo A1 es el enunciado del párrafo 2, que establece que un Estado «puede aplicarlas también a la expulsión de un extranjero que haya entrado ilegalmente en su territorio», puesto que un Estado claramente tiene ese derecho y el proyecto no hace más que enunciar una obviedad. La oradora tampoco alcanza a comprender por qué hay que especificar que las normas se pueden aplicar «en particular» en los supuestos mencionados al final del proyecto de artículo.

18. El dilema del Relator Especial es que tiene que conciliar el derecho soberano de un Estado a expulsar extranjeros con consideraciones relativas a los derechos humanos. Lo que realmente está en juego, sin embargo, es el estado de derecho, en particular el derecho a las debidas garantías procesales. La Comisión tiene que subrayar con más fuerza que las garantías procesales inherentes al estado de derecho deben ser respetadas también en relación con la expulsión de extranjeros que no se encuentran en situación regular en el territorio del Estado que expulsa. Por ello, el proyecto de artículo B1 debería aplicarse a todos los extranjeros, tanto si se encuentran en situación regular como en situación irregular.

19. Aunque las garantías procesales suelen ser menores en el procedimiento de expulsión que en el procedimiento penal, parece ir surgiendo una tendencia a la aceptación de estándares más altos en el procedimiento administrativo. Nada hay de extraño en eso, puesto que el concepto de estado de derecho y seguridad jurídica ha evolucionado considerablemente desde 1955, cuando la Secretaría publicó su primer estudio sobre la expulsión de inmigrantes²⁹². Al mismo tiempo hay que reconocer que las situaciones en que han de aplicarse garantías procesales son en la mayoría de los casos fundamentalmente diferentes en el procedimiento penal y el procedimiento de expulsión.

²⁹² *Study on Expulsion of Immigrants* (ST/SOA/22 y Corr.2), publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: 1955.IV.6, Nueva York, 1955.

20. Los proyectos de artículo B1 y C1 deben leerse conjuntamente, aunque tiene sentido que haya dos artículos distintos: uno que enuncie la norma general y otro que enumere las garantías procesales. Conviene con Sir Michael en que la mejor manera de avanzar es disponer de una norma básica que enuncie el objetivo de la Comisión. El proyecto de artículo C1 constituye una buena recapitulación de los derechos procesales generalmente aceptados y contiene algunos acertados elementos de desarrollo progresivo. Como el proyecto de artículos no especifica quién ha de sufragar los gastos de asistencia letrada e interpretación, o si el extranjero de que se trate tiene derecho a estar presente durante la vista, convendría aclarar estos aspectos en el comentario. El proyecto de artículo C1 también debería establecer expresamente que la expulsión no ha de ejecutarse hasta que la decisión sea firme e incluir una referencia clara a la seguridad nacional.

21. Otra cuestión es si todos los extranjeros deben tener derecho a las mismas garantías procesales, o si los solicitantes de asilo deberían gozar de garantías mayores. El Relator Especial parece opinar, teniendo en cuenta la Observación general n.º 15 del Comité de Derechos Humanos²⁹³, que no debe hacerse esa discriminación. En tal caso, la Comisión debería velar por que todos los extranjeros puedan invocar al menos las mismas garantías procesales que los solicitantes de asilo.

22. La oradora se inclina por remitir los proyectos de artículo A1, B1 y C1 al Comité de Redacción, pero también estaría dispuesta a tomar en consideración un debate más a fondo del proyecto de artículo C1, bien en sesión plenaria, o bien en un grupo de trabajo, como ha propuesto el Sr. Nolte.

23. El Sr. NOLTE dice que la disposición a que hizo referencia era el proyecto de artículo A1, párrafo 2, sobre los extranjeros que se encuentran ilegalmente en el territorio del Estado que expulsa y sus derechos procesales. A juicio del orador, la Comisión no dispone todavía de una base suficiente para la determinación de esos derechos. En cuanto a las cuestiones semánticas, dice haber empleado la expresión «extranjeros ilegales» solo a modo de simplificación y admite que es necesario un lenguaje más preciso.

24. El Sr. MELESCANU felicita al Relator Especial por el equilibrio que ha logrado en la adición a su sexto informe entre las razones de orden jurídico y político y el principal objetivo del informe, es decir, la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas a que se refiere el proyecto de artículos que propone.

25. El Relator Especial comienza con un análisis muy interesante de la distinción que puede trazarse entre «extranjeros en situación legal» y «extranjeros en situación ilegal». A estos efectos, se ha basado en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951, que, según el Relator Especial, es el único instrumento jurídico que establece explícitamente esa distinción. El orador, sin embargo, conviene con el Relator Especial en que

no se debería hacer ninguna distinción cuando se trate del respeto de los derechos humanos, porque las personas en cuestión, independientemente de cómo hayan entrado en el territorio del Estado que expulsa, son seres humanos y, como tales, tienen derecho a la protección de todos los derechos humanos. Si se salvaguardaran esos derechos, ello contribuiría en cierta medida a disipar las preocupaciones expresadas por Sir Michael Wood. La Comisión debería explicar quizás, ya sea en los comentarios o en el texto mismo de los proyectos de artículo, que la ley debe ser respetada y aplicada incluso a las personas que han entrado ilegalmente en el país.

26. La segunda cuestión de principio planteada por el Relator Especial es la de si hay que distinguir entre los extranjeros que han entrado ilegalmente en fecha reciente en el territorio del Estado que expulsa y los que entraron ilegalmente pero llevan mucho tiempo viviendo en el país. Esta cuestión queda a discreción del Estado de que se trate. Desde el punto de vista jurídico, si un extranjero se encuentra ilegalmente en el territorio de un Estado, la duración de su estancia es irrelevante porque no afecta a la ilegalidad de su presencia. Aunque algunos países, como Alemania o Dinamarca, apliquen normas más favorables en esos casos, cualquier diferencia de trato de esa naturaleza es una cuestión que ha de resolver el Estado en el libre ejercicio de su soberanía y, por consiguiente, no puede constituir una materia objeto de normas internacionales uniformes sino que solo puede ser regulada en el plano nacional. Por ello, el proyecto de artículo A1 es lo máximo a que se puede llegar a este respecto. Se puede remitir al Comité Redacción, porque no conduce a nada continuar el debate en el pleno de la Comisión.

27. En cuanto a las normas procedimentales aplicables a los extranjeros que se encuentran legalmente en el territorio de un Estado, aunque coincide con el Relator Especial en que la expulsión no es en teoría una sanción penal sino más bien un acto administrativo, un extranjero que se encuentre sujeto a un procedimiento de expulsión debería poder invocar las garantías procesales que prohíben la arbitrariedad y la desviación de poder. Las garantías procesales propuestas por el Relator Especial parecen sensatas y basadas en las convenciones internacionales de derechos humanos, los instrumentos regionales, las leyes nacionales y la práctica internacional.

28. El orador apoya la remisión del proyecto de artículo B1 (Obligación de conformidad con la ley) al Comité de Redacción. A este respecto respalda la sugerencia de Sir Michael Wood relativa a la inclusión en el comentario o en el cuerpo mismo del proyecto de artículo de un texto que indique que esa obligación abarca a todos los extranjeros independientemente de que se encuentren legal o ilegalmente en el territorio del Estado que expulsa. También es partidario de que se remita el proyecto de artículo C1 (Derechos procesales del extranjero objeto de expulsión) al Comité de Redacción. Al mismo tiempo, está de acuerdo con la sugerencia del Relator Especial de que una expresión como «en particular» o «entre otros» se incluya en la primera línea del proyecto de artículo para poner de relieve el carácter indicativo de la enumeración de los derechos procesales que figura en los apartados *a* a *h*. Al igual que el Sr. Gaja, el orador opina que la ejecución de una decisión de expulsión

²⁹³ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/41/40)*, vol. I, anexo VI, párr. 10.

debería aplazarse o suspenderse hasta que hubiera concluido la tramitación de cualquier recurso contra ella. Los argumentos aducidos por el Sr. Gaja a este respecto son totalmente convincentes ya que se basan en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que aparentemente apoya esa idea, «a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello».

29. El Sr. SABOIA observa que el Relator Especial ha llamado la atención sobre el hecho de que pocos instrumentos internacionales, aparte de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951, trazan una distinción entre los extranjeros que se hallan en el territorio de un Estado en situación regular y los que se encuentran en él irregularmente. Sin embargo, el Relator Especial se ha remitido también al artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y ha subrayado acertadamente que los extranjeros, independientemente de las condiciones en que hayan entrado en el territorio del Estado que expulsa, tienen derecho a la protección de sus derechos humanos.

30. Tras examinar el sentido de las expresiones «extranjero residente» o extranjero que se halla «en situación regular» o «en situación irregular» en el territorio de un Estado, el Relator Especial ha llegado en el párrafo 291 [15] de su informe a determinadas conclusiones acerca de la distinción entre esas dos categorías de extranjeros, distinción que al orador no le plantea ninguna dificultad especial.

31. El principio de no devolución, piedra angular de la protección de los refugiados, también es importante en el contexto del tema que ahora se examina. Es evidente que las personas que buscan asilo en otro país porque temen por diversos motivos ser perseguidos en su país de origen no pueden cumplir los requisitos de entrada legal en el país en que buscan refugio. Por consiguiente, el orador hace un llamamiento al Relator Especial para que incluya una disposición que salvaguarde el derecho de un solicitante de asilo a no ser expulsado hasta que su solicitud de asilo haya sido examinada.

32. El Relator Especial, después de analizar la legislación y la práctica de varios países, ha llegado a la conclusión de que los procedimientos de expulsión de los extranjeros en situación ilegal son muy diversos, que esos procedimientos son bastante sumarios y que son tramitados por autoridades administrativas, generalmente sin que quepa la posibilidad de que sean revisados por un juez. Varios factores pueden influir en la decisión de las autoridades, tales como el grado de integración social de la persona, la duración de su estancia y su situación familiar. Es un hecho lamentable que tales personas tengan acceso a pocas vías de recurso, y es bien sabido que la sociedad y el Estado pueden hacer la vista gorda ante su presencia según las condiciones económicas, políticas y sociales imperantes en el país.

33. La expulsión del inmigrante de segunda generación o el inmigrante de larga duración en situación irregular, a que se refiere el párrafo 38 del informe, es aberrante.

Afortunadamente, en el marco de ciertas instituciones del Consejo de Europa existe la positiva tendencia de considerar discriminatoria esa expulsión. El Relator Especial escribe en el párrafo 315 [39] que la práctica de los Estados es tan diversa y depende tanto de las condiciones nacionales específicas de cada Estado que parece casi imposible deducir normas procedimentales uniformes en materia de expulsión de extranjeros. Esto es cierto, pero la Comisión sin duda puede ir más allá de admitir simplemente la situación sin reconocer el vacío jurídico que puede resultar en un trato arbitrario. Conviene con otros oradores en la necesidad de incluir en el proyecto de artículos unos estándares mínimos sobre el trato de los extranjeros en situación irregular, en particular garantías de que la expulsión se ejecute conforme a la ley, que la persona objeto de expulsión sea informada de las causas de la expulsión y que tenga derecho a protección consular.

34. El orador está de acuerdo con la formulación del artículo A1, párrafo 1. En el párrafo 2, en cambio, que tendrá que ser reexaminado si la Comisión decide incorporar garantías de estándares mínimos en materia de trato de los extranjeros, pone en cuestión las palabras «cuando dicho extranjero goza en él de un estatuto particular». La situación de los niños o adultos adoptados que están amenazados de expulsión merece una atención especial. El Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, de 1993, que ha sido ratificado por muchos países de todo el mundo, establece que el Estado de recepción de un niño debe velar por que este goce del estatuto de residente permanente. Esto no excluye completamente la posibilidad de expulsión, pero facilita la adquisición de la nacionalidad por las personas adoptadas. Con todo, siguen produciéndose casos de personas que en razón de su adopción han perdido totalmente el contacto con su país de origen y su familia biológica tras su expulsión que se enfrentan con obstáculos insuperables para adaptarse a su nuevo entorno, incluso con ayuda del país de origen y organizaciones benéficas. En el caso de personas que han cometido un delito, la rehabilitación es imposible. Así ocurrió en el Brasil en el caso de una persona adoptada antes de que los Estados Unidos de América ratificaran el Convenio de La Haya. Las dificultades causadas por este caso han llevado a las autoridades brasileñas a prohibir las adopciones a posibles padres adoptivos estadounidenses hasta que los Estados Unidos hayan empezado a cumplir el Convenio.

35. El orador apoya las normas procedimentales propuestas en los proyectos de artículo B1 y C1, sin perjuicio de las observaciones que ha formulado acerca de la posible inclusión de garantías procesales en favor de los extranjeros en situación irregular. Está de acuerdo con la propuesta que se hace en el párrafo 389 [113] de que, a título de desarrollo progresivo del derecho internacional, inspirándose en el derecho comunitario europeo y para consagrar la tendencia de la práctica de los Estados, durante el proceso de expulsión se conceda a toda persona en vías de expulsión el derecho a la asistencia jurídica gratuita. También se debería reconocer el derecho a la protección consular a cualquier persona objeto de expulsión, sea cual fuere la naturaleza de su presencia en un país. El Relator Especial debería examinar la posibilidad de establecer que el Estado que expulsa está obligado a informar a la persona en vías de expulsión de

su derecho a la protección consular, algo que quizás desconozcan muchos extranjeros.

36. Para terminar, el orador recomienda que se remitan los proyectos de artículo Al Comité de Redacción.

37. El Sr. KAMTO (Relator Especial) dice que si la Comisión desea que se incluyan una o varias disposiciones para conferir determinadas garantías procesales a los extranjeros en situación irregular, el Comité de Redacción y él mismo necesitan que se les aclare un punto. La cuestión de los extranjeros que han entrado ilegalmente en fecha reciente en el territorio de un Estado está estrechamente relacionada con la del derecho soberano del Estado de autorizar o denegar la entrada en su territorio. De lo que se trata es de saber cuándo y en qué condiciones el Estado en cuyo territorio el extranjero ha entrado irregularmente puede ejercer ese derecho. En su segundo informe²⁹⁴ llegó incluso a proponer que se abordase la definición de las fronteras internacionales. Se puede cuestionar si un extranjero que acaba de entrar ilegalmente en el territorio del Estado y tal vez se encuentra solo a un kilómetro de la frontera debe gozar de las mismas garantías procesales que un extranjero que lleva meses o años en el país, se ha integrado socialmente y ha encontrado trabajo, o que un extranjero que entró legalmente pero que, a causa de que su permiso de residencia ha expirado y no ha sido renovado, se encuentra ahora en situación irregular. El problema jurídico con el que tiene que lidiar la Comisión es si debe establecerse que todos los extranjeros que entran ilegalmente en un territorio gozan de garantías procesales, o si debe preverse una excepción para que el Estado pueda ejercer en algunos casos su derecho a autorizar o denegar la entrada.

38. El Sr. McRAE dice que la segunda parte del sexto informe contiene una rigurosa y cuidadosa exposición y evaluación de la práctica e indica dónde esta es contradictoria pero también dónde se pueden extraer conclusiones generales. En conjunto, los proyectos de artículo propuestos tratan con acierto los aspectos procesales de la protección de los derechos de los extranjeros amenazados de expulsión, pero, como han indicado otros oradores, la Comisión quizás necesite ir más allá de la práctica vigente y proponer el desarrollo progresivo del derecho internacional en este campo.

39. Como acaba de señalar el Relator Especial, no es tarea sencilla trazar una distinción entre los extranjeros que se encuentran en el territorio del Estado que expulsa en situación regular y aquellos que no, pero si hay que establecer esta distinción, habrá que elaborar unas definiciones. Se podría definir a los extranjeros en situación regular de manera similar al párrafo 15 c como aquellos que han sido admitidos de conformidad con la legislación del Estado en cuyo territorio se encuentran. En cuanto a los extranjeros en situación irregular, probablemente será necesario, como ha sugerido el Relator Especial, distinguir entre los que acaban de llegar y los que llevan algún tiempo en el país. Pese a las dificultades que conlleva, el orador conviene con otros miembros en que debe

preverse algún tipo de protección procesal para las diferentes subcategorías de extranjeros que se hallan en situación irregular en un país.

40. A este respecto, el proyecto de artículo A1, párrafo 2, ofrece al Estado la posibilidad, si así lo desea, de aplicar los medios de protección procesal destinados a los extranjeros que están en situación regular a aquellos que no lo están. Esta cláusula potestativa de aceptación (*opt-in provision*) se limita a reconocer la discrecionalidad del Estado que expulsa, pero eso no basta. Quizás se debería adoptar un planteamiento de exclusión facultativa (*opt-out*): establecer que los extranjeros en situación irregular deberían tener acceso a los mismos medios de protección procesal a menos que el Estado, por razones fundadas como la seguridad nacional, decida lo contrario. Aunque tal vez esto suponga ir un poco demasiado lejos, al menos abre una vía para hacer frente al problema. Cabría asimismo, respecto de los extranjeros que se encuentran en un país en situación irregular, elaborar una lista más breve de derechos procesales que la que figura en el proyecto de artículo C1, distinguiendo entre los extranjeros que llevan mucho tiempo en un país y los que no. Por consiguiente, el orador anima al Relator Especial a que, teniendo en cuenta el debate, elabore un nuevo proyecto de artículo, tal vez por el estilo del propuesto por el Sr. Nolte, que verse sobre los extranjeros que se encuentran en un país en situación irregular y haga distinciones legítimas entre ellos.

41. Por lo que hace a la obligación de expulsar solo de conformidad con la ley, enunciada en el proyecto de artículo B1, habría que suprimir la palabra «legalmente» que figura entre corchetes a fin de que la disposición se aplique a todos los extranjeros. Todos los extranjeros tienen derecho a que se respete la ley en el supuesto de su expulsión, aunque solo establezca unas garantías mínimas o aunque la única ley aplicable sean las normas de derecho internacional que establecen que han de respetarse sus derechos humanos.

42. Cada una de las garantías procesales enumeradas en el proyecto de artículo C1 se apoya en una abundante práctica estatal, de modo que la lista, aunque solo sea indicativa, constituye un buen punto de partida. Como el Sr. Hmoud, sin embargo, el orador se pregunta acerca de las consecuencias de la expresión «sin discriminación», que figura en el párrafo 1 d, en relación con el derecho de acceso a recursos eficaces. Como ha señalado el Sr. Hmoud, no puede hacer alusión al trato nacional de los extranjeros, puesto que los extranjeros no tienen derecho a exactamente los mismos recursos que los nacionales. En cualquier caso, el concepto de no discriminación inspira todas las disposiciones del proyecto, aunque no en ese sentido. Habría que dejar bien sentado este punto, y eliminar las palabras «sin discriminación».

43. El orador también pone en cuestión la referencia incondicional a la asistencia jurídica gratuita: no todos los Estados están en condiciones de proporcionarla a sus nacionales, mucho menos a los extranjeros en vías de expulsión. Imponer a los Estados una obligación incondicional de proporcionar asistencia jurídica gratuita a las personas objeto de expulsión podría suponer una carga demasiado gravosa para los Estados y constituir

²⁹⁴ *Anuario...* 2006, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/573, párrs. 183 a 186.

una exigencia de la que probablemente se haría caso omiso. La cuestión que aquí se plantea es en realidad una cuestión de trato nacional: en la medida en que un Estado disponga de un sistema legal de justicia gratuita, un extranjero objeto de expulsión debería tener derecho a esa asistencia sin ningún tipo de discriminación. Por consiguiente, el párrafo 1 g debería referirse al derecho de acceso a la asistencia jurídica gratuita, a diferencia de alguna garantía de asistencia jurídica gratuita que no siempre se podrá aplicar en la práctica. El alcance de ese derecho se puede explicar en el comentario.

44. El orador conviene con el Sr. Gaja en que se debería incluir una disposición sobre el aplazamiento de la expulsión hasta que se haya resuelto definitivamente el recurso. Los derechos procesales resultan irrelevantes si el extranjero puede ser expulsado antes de la resolución definitiva del caso.

45. Sin perjuicio de las observaciones que anteceden, incluida la propuesta de que se elaboren proyectos de artículo suplementarios, el orador apoya que se remitan los proyectos de artículo al Comité de Redacción.

46. El Sr. NIEHAUS dice que trazar claramente una distinción entre extranjeros en situación legal y extranjeros en situación ilegal es importante pero no fácil. La legalidad o ilegalidad de la permanencia de un extranjero en el territorio de un Estado está ligada al concepto de residencia, aunque no de manera única, y por lo tanto hay que explicar lo que se entiende por residencia. A este respecto, se señala en el párrafo 287 [11] de la segunda parte del informe a un pronunciamiento del Comité Directivo sobre Derechos Humanos del Consejo de Europa en el sentido de que el término «residente» no se refiere al extranjero que ha llegado a un Estado y que no ha pasado por el control de inmigración ni a la persona en tránsito por un período limitado. Esto está en contradicción con la conclusión a que se llega en el párrafo 291 a [15 a] de que se considera «residente» en un Estado al extranjero que ha pasado por el control de inmigración y ha franqueado los puntos de entrada en el territorio de dicho Estado. Para una mayor claridad, el apartado a debería señalar más bien que ese extranjero deberá haber cumplido los requisitos de residencia indicados y haber recibido la autorización correspondiente para una residencia prolongada, en el sentido jurídico del término, de conformidad con la legislación del Estado y los principios del derecho internacional consuetudinario. El párrafo 291 c [15 c] podría interpretarse precisamente en ese sentido, ya que se refiere al cumplimiento de las condiciones de entrada o estancia establecidas por la ley, pero las mismas expresiones pueden aplicarse también a los turistas y, por lo tanto, suscitan confusión.

47. Como se señala en el párrafo 287 [11] de la segunda parte del informe, el artículo 1 del Protocolo n.º 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales se aplica no solamente al extranjero que ha entrado regularmente en el territorio, sino también a aquel que entró irregularmente pero cuya situación se regularizó con posterioridad. A la inversa, la persona que deja de reunir las condiciones de entrada o estancia exigidas por la legislación del Estado parte no puede considerarse que se encuentre «regularmente» en el territorio de ese Estado.

48. En virtud de la soberanía del Estado, resulta totalmente lógico y aceptable que sean las autoridades administrativas las competentes para decidir respecto de la expulsión de un extranjero que ha entrado ilegalmente en el territorio del Estado. Lo anterior vale igualmente para la entrada de extranjeros en el territorio de un Estado. La denegación de entrada es una figura muy similar, pero no idéntica, a la expulsión. No cabe ninguna duda de que el Estado tiene derecho a decidir soberanamente sobre la admisión o no de los extranjeros en su territorio, pero problemas e injusticias pueden ser el resultado de tales medidas. La aplicación del Acuerdo de Schengen en Europa, por ejemplo, crea graves problemas de derechos humanos. La gran mayoría de ciudadanos latinoamericanos que viajan a la Unión Europea entran a través de España; la presencia de numerosos inmigrantes latinoamericanos en ese país es un problema de todos conocido. A menudo sucede que, por razones puramente subjetivas, un funcionario de la Administración decida por motivos económicos, sociales o étnicos, y hasta por xenofobia, denegar la entrada en España a personas que en la mayoría de los casos son turistas o viajan en tránsito a otro país de la Unión Europea. Todo este asunto es una materia delicada que corresponde a la esfera de la soberanía del Estado, y el orador no sugiere disposiciones que nieguen esa soberanía. Sin embargo, para evitar arbitrariedades, se podría examinar la posibilidad de que, a solicitud del interesado, las decisiones de esta naturaleza se sometan a un recurso administrativo.

49. Es interesante observar que la legislación de algunos países distingue entre extranjeros que han entrado ilegalmente en fecha reciente y extranjeros que han residido durante un período prolongado en el Estado que expulsa. El orador considera razonable y aceptable esa diferencia en el procedimiento de expulsión, que ofrece a los segundos ciertas garantías en defensa de sus derechos, en particular la posibilidad de ejercitar su derecho de defensa ante una autoridad competente.

50. El orador apoya el proyecto de artículo A1, sobre el ámbito de aplicación de las normas de procedimiento. Únicamente, al final del párrafo 2, las palabras «durante cierto tiempo» le parecen demasiado vagas, pero esto es un problema del que puede ocuparse el Comité de Redacción. El proyecto de artículo B1, sobre la obligación de conformidad con la ley, es sumamente claro y concreto. El proyecto de artículo C1, sobre los derechos procesales del extranjero objeto de expulsión, enuncia ocho derechos que son fundamentales en la defensa de los intereses de ese individuo. Los tres artículos pueden remitirse al Comité de Redacción.

51. El Sr. FOMBA dice que la distinción entre extranjeros en situación regular y extranjeros en situación irregular es apropiada y bienvenida al establecer el régimen jurídico de la expulsión. El derecho interno ocupa un lugar destacado debido a la naturaleza del tema, pero eso no debe considerarse como una causa suficiente para no tratar de colocar el derecho internacional sobre una base más sólida y dinámica. Al determinar las consecuencias jurídicas de la distinción, los extranjeros «en situación ilegal» no deben ser abandonados sin protección. Se debe dejar bien sentado que la distinción no se aplica en

relación con la obligación de respetar los derechos humanos de todas las personas en vías de expulsión, cualquiera que sea la categoría a que pertenezcan. Las aclaraciones terminológicas del párrafo 15 son útiles y, como ha indicado el Relator Especial, quizás contribuyan a mejorar el proyecto de artículo 2, que ya se ha remitido al Comité de Redacción.

52. Es lógico que la distinción entre extranjeros «en situación ilegal» basada en la duración de su estancia dé lugar a ciertas diferencias en los procedimientos de expulsión, en particular en materia de garantías. En cualquier caso, las consecuencias jurídicas corresponden a la esfera de la soberanía del Estado. La cuestión es si, o hasta qué punto, el derecho internacional puede o debe enunciar unas normas mínimas. Parece apropiado codificar normas que indisputablemente existen en derecho internacional o que se derivan de una tendencia claramente predominante en la práctica de los Estados como derecho positivo por el que ha de regirse el procedimiento de expulsión de los extranjeros que se encuentren en el país en situación regular, por una parte, y como *soft-law* o derecho en agraz (*lex in status nascendi*) relativo a los extranjeros en situación irregular, por otra.

53. El orador está de acuerdo con los argumentos aducidos por el Relator Especial en apoyo del proyecto de artículo A1. En cuanto al texto, se podrían eliminar en el título los corchetes entre los que figura la palabra «presentes». En el párrafo 1, se podría mantener el término «legalmente» y suprimir la expresión «en situación regular» aunque son fundamentalmente intercambiables. Respalda el objetivo del párrafo 2, que es garantizar un mínimo de protección jurídica a los extranjeros «en situación ilegal», pero dejando la cuestión a discreción del Estado. El enunciado es satisfactorio, aunque quizás merezca la pena, en aras del desarrollo progresivo, examinar si, o hasta qué punto, es posible establecer una obligación de protección respecto de los extranjeros «en situación ilegal» que gozan de un estatuto particular o que han residido en el país durante cierto tiempo.

54. Por lo que respecta a las normas procedimentales aplicables a los extranjeros que se encuentran en el país en situación regular, en el párrafo 323 [47] de la segunda parte se señala significativamente que no se puede afirmar la existencia de normas de derecho consuetudinario internacional en esta materia. La cuestión es qué significa esto en términos del planteamiento que ha de adoptarse. A pesar de las dificultades que conlleva, habría que tratar de aplicar por analogía ciertas normas procedimentales que existen en materia de proceso penal. El orador está de acuerdo con la afirmación del párrafo 339 [63] de la adición que relaciona la exigencia de conformidad con la ley con la del respeto de las normas y estándares internacionales, y apoya la interpretación que en él se da a la posibilidad de dejar sin efecto tales exigencias.

55. En lo concerniente al proyecto de artículo B1, está claro que la disposición en él enunciada es una norma bien establecida en el derecho internacional de los tratados y en la legislación de muchos Estados. El único cambio que puede proponer es que se suprima la expresión «en situación regular» que figura entre corchetes.

56. El orador está de acuerdo con la opinión expresada por el Relator Especial en el párrafo 343 [67] de la segunda parte según la cual las garantías previstas en el marco de la ciudadanía europea en proceso de gestación pueden inspirar normas de alcance más universal.

57. Con respecto a la exigencia de que la resolución de expulsión sea notificada al extranjero y a la de que este sea informado de los motivos de la decisión, se plantea la cuestión de cuál es la relación entre ambas exigencias. Una manera de ver las cosas podría ser considerar que la exigencia de comunicar los motivos de la decisión de expulsión lleva consigo *ipso jure* o *ipso facto* la exigencia de notificación. El orador apoya la opinión formulada en el párrafo 356 [80] de que el cumplimiento de la exigencia de informar al extranjero objeto de la decisión de expulsión es la condición misma de la invocación por el extranjero de las demás garantías procesales.

58. En cuanto al derecho a estar presente, el Relator Especial concluye acertadamente que la práctica de los Estados es demasiado limitada como para que se pueda inferir cualquier norma en esta materia. Sin embargo, sigue siendo una exigencia práctica, a la que, en algunos casos, quizás sea necesario recurrir. Como se indica en el párrafo 368 [92], el derecho a un recurso efectivo constituye una norma importante que está muy arraigada en derecho internacional. Por lo que hace al derecho a la protección consular, el orador está de acuerdo con la interpretación del alcance de las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, que figura en anexo a la resolución 40/144 de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 1985. En cuanto a la cuestión del derecho a la asistencia jurídica gratuita, está de acuerdo con la conclusión de que si bien ese derecho no tiene un fundamento explícito en el derecho convencional, la Comisión puede establecerlo en el marco del desarrollo progresivo del derecho internacional.

59. Con respecto al proyecto de artículo C1, el orador coincide con la conclusión a que ha llegado el Relator Especial en el párrafo 402 [126]. El párrafo 1 enuncia una serie de importantes derechos procesales que tienen que ser presentados del modo más lógico y coherente posible, como lo han sido en realidad. La cláusula «sin perjuicio» del párrafo 2 es útil en cuanto que establece los parámetros del debate sobre la cuestión de qué derechos concretos se incluirán finalmente en la lista. Teniendo en cuenta las convincentes explicaciones del Relator Especial, el orador es del parecer de que, si se considera necesario ampliar el alcance del proyecto de artículo C1, sería prudente hacerlo con discernimiento y conservar solo los derechos que sean realmente aplicables.

60. En conclusión, el orador se inclina por remitir los tres proyectos de artículo al Comité de Redacción.

61. El Sr. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ conviene con el Relator Especial en la necesidad de hacer una distinción entre los extranjeros que residen en un Estado de conformidad con la legislación relativa a la entrada y estancia de extranjeros y los que se encuentran en el territorio

de un Estado en contravención de esa normativa. Sin embargo, en relación con la terminología es importante que, en sus trabajos sobre este tema, la Comisión no utilice las expresiones «extranjero ilegal» o «inmigrante ilegal». No debería utilizar —y mucho menos incorporar a un instrumento— una terminología que tiene una connotación peyorativa y es jurídicamente incorrecta. Como acertadamente señaló Sir Michael Wood, es la presencia de una persona en el territorio de un Estado —y no la persona misma— a la que se debe considerar regular o irregular. A este respecto, el orador cree oportuno mencionar que el artículo 40 de la nueva Constitución del Ecuador, aprobada en referéndum popular en 2008, dispone: «No se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria.» En el artículo A1, párrafo 1, el Relator Especial propone elegir entre «un extranjero que se halle legalmente en el territorio del Estado que lo expulsa» y «un extranjero que se halle en situación regular en el territorio del Estado que lo expulsa». El orador expresa su preferencia por la segunda de las opciones propuestas.

62. Más allá de la terminología, es importante recalcar que el derecho o facultad que tiene el Estado de regular la entrada, estancia y residencia de extranjeros en su territorio, y por ende su derecho de expulsión, no puede ejercerse de manera absolutamente discrecional sino de conformidad con las normas y principios aplicables del derecho internacional, en particular del derecho internacional de los derechos humanos, tanto materiales como procesales. En consecuencia, en el caso de extranjeros amenazados de expulsión, se deben observar las garantías procesales tanto las consagradas a nivel internacional como las previstas en el derecho interno del Estado en cuestión.

63. En el proyecto de artículo A1, el Relator Especial distingue entre dos supuestos diferentes en que se pueden encontrar los extranjeros y propone que las garantías procesales que se incluyen en esta parte del proyecto de artículos se apliquen solo en el caso de la expulsión de un extranjero que se encuentre regularmente en el territorio del Estado que lo expulsa y que se deje a la absoluta discreción del Estado en cuestión el que se apliquen también en el caso de la expulsión de un extranjero en situación irregular.

64. Sin embargo, como ha destacado ya, por ejemplo, el Sr. Hmoud, existen algunas garantías procesales que también son aplicables a los extranjeros en situación irregular. El orador conviene con el Sr. Gaja en que dejar a esos extranjeros sin protección alguna con respecto al procedimiento de expulsión significa hacer caso omiso de algunas de las garantías que también son aplicables a los extranjeros en situación irregular, más aún cuando esos extranjeros llevan ya cierto tiempo residiendo en el Estado de destino, en vista de que estos ya han logrado cierto grado de integración en la sociedad de acogida o tienen importantes vínculos con el Estado en cuestión, que puede tolerar su presencia sin reconocerles formalmente la condición de extranjero en situación regular.

65. Por consiguiente, si bien se reconoce generalmente en instrumentos internacionales y la práctica de los Estados que el extranjero en situación regular tiene derecho a

más garantías procesales, la Comisión debería determinar el conjunto de garantías procesales que son aplicables cuando los Estados ejercen el derecho de expulsión, ya se trate de extranjeros en situación regular o irregular (a fin de evitar decisiones arbitrarias en ambos casos). Asimismo, la Comisión debería determinar aquellas garantías procesales adicionales a que tienen derecho los extranjeros en situación regular. Ambos conjuntos de garantías deberían ser considerados como estándares mínimos que, a título indicativo, han de aplicar los Estados. Habría que volver a redactar en ese sentido los tres proyectos de artículo A1, B1 y C1.

66. El proyecto de artículo B1 establece que el extranjero que se halle en situación regular en el territorio de un Estado solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley. Esto es correcto, pero es también aplicable sin lugar a dudas cuando se trate de un extranjero en situación irregular. El principio de legalidad es básico en el estado de derecho y exige el cumplimiento cabal del ordenamiento jurídico del Estado de que se trate, incluido el derecho internacional aplicable. Se aplica asimismo a los extranjeros que acaban de entrar en el territorio de un Estado.

67. Además, como señaló el Relator Especial en su informe preliminar,

[...] es una norma lógica que si todo Estado tiene derecho a regular las condiciones de inmigración en su territorio sin atentar por ello contra ninguna norma de derecho internacional, tiene igualmente la obligación de respetar las normas que ha promulgado o ha suscrito^{1...} en materia de expulsión de quienes considera no poder acoger o mantener en su territorio²⁹⁵.

68. A este respecto, es importante destacar, como el Relator Especial afirma en el párrafo 339 [63] de la segunda parte de su sexto informe, que en el contexto de la expulsión de los extranjeros la obligación de conformidad con la ley se funda en la exigencia implícita de que las normas de procedimiento internas en materia de expulsión estén en conformidad con las normas y estándares internacionales en la materia, y que el Estado, pues, no tiene la libertad de dictar normas procedimentales contrarias a estas últimas. Es evidente que, en materia de derechos humanos, el Estado solo puede cambiar los estándares internacionales que lo vinculan con normas que otorguen una mayor protección a los derechos del extranjero en vías de expulsión.

69. Con relación al proyecto de artículo C1, varios de los derechos enumerados en la lista de garantías procesales del extranjero objeto de expulsión se aplican también a los extranjeros en situación irregular, como el derecho a que se le notifique la resolución de expulsión, incluidos los motivos para ello, el derecho a la protección consular y el derecho a la interpretación y a la traducción a un idioma que comprenda. El orador se manifiesta de acuerdo con varios de los argumentos que a este respecto ha presentado el Sr. Hmoud. Como se enfatiza en el informe, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece garantías procesales solo cuando se trata de extranjeros que se encuentran en

²⁹⁵ *Anuario...* 2005, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/554, pág. 215, párr. 23.

situación regular en el territorio de un Estado parte. Sin embargo, en su Observación general n.º 15²⁹⁶, el Comité de Derechos Humanos sostiene que las garantías procesales enunciadas en el artículo 13 deberían aplicarse también si la cuestión controvertida es la licitud de la entrada o permanencia de un extranjero.

70. Por otra parte, el orador apoya la propuesta del Sr. Gaja de incluir en el proyecto una garantía procesal adicional relativa a la suspensión de la ejecución de la resolución de expulsión mientras esté pendiente un recurso de revisión de dicha resolución, y ello a fin de que el ejercicio del derecho a impugnar la expulsión pueda producir sus efectos en caso de que la autoridad competente falle a favor del recurrente.

71. Como se señala en el memorando de la Secretaría sobre el tema²⁹⁷, el principio de no discriminación no solo es pertinente respecto de la adopción de la decisión de expulsar o no a un extranjero, sino también en relación con las garantías procesales que han de respetarse, como ha sido reconocido por los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos.

72. El orador está a favor de que se remitan al Comité de Redacción los tres proyectos de artículo, a condición de que se modifiquen estos para incluir un conjunto de garantías procesales comunes a los dos casos de expulsión de extranjeros tanto en situación regular como en situación irregular.

73. El Sr. VASCIANNIE dice que, en su tentativa por presentar tres proyectos de artículo sobre las normas procedimentales que sean aplicables a las personas objeto de expulsión, el Relator Especial ha emprendido el examen de diversas fuentes del derecho, en particular el derecho interno de varios países. Este enfoque suscita implícitamente dos cuestiones generales por lo menos, la primera de las cuales es un problema de perspectiva. Aunque el derecho interno de casi todos los Estados prevé la posibilidad de expulsión, en muchos casos las garantías que pueden invocar las personas amenazadas de expulsión no figuran junto a las disposiciones que enuncian el derecho soberano del Estado a expulsar a una persona de su territorio. Además, mientras que las normas sobre expulsión suelen encontrarse convenientemente situadas en un solo lugar, es decir, en la legislación del Estado sobre inmigración, las normas relativas a las garantías procesales y de otra índole a disposición de las personas están muy dispersas entre disposiciones sobre derechos humanos, principios generales de derecho constitucional y otras ramas del derecho interno e instrumentos internacionales. Por consiguiente, existe el riesgo, al investigar las fuentes, de prestar más atención a las normas fácilmente asequibles que autorizan la expulsión del territorio del Estado simplemente porque esas normas son más fáciles de encontrar. Hay que rendir homenaje al Relator Especial por no haber caído en esa trampa y haber mantenido, por el contrario, el equilibrio entre derechos individuales y prerrogativas del Estado que tan necesario es para el proyecto.

74. Un segundo problema en materia de fuentes del derecho es que, en general, la información relativa a los países occidentales es más abundante que la que se refiere al resto del mundo. En consecuencia, si la Comisión no va con cuidado, puede acabar por poner más énfasis en los planteamientos que ha adoptado en materia de expulsión un grupo relativamente pequeño de países. El Relator Especial ha evitado hasta cierto punto ese problema al incluir referencias a la posición de diversos Estados y hay que alentarle firmemente a que siga por ese camino. La perspectiva respecto de la expulsión de un pequeño país en desarrollo con una alta tasa de desempleo puede ser muy diferente de la de un país desarrollado. Del mismo modo, la perspectiva de una ex colonia quizás difiera de la de una antigua potencia colonial.

75. El hecho es que la Comisión, si lo que busca es una *opinio juris* o, al menos, las convicciones de los Estados en materia de expulsión, debería estar preparada para mirar más allá del derecho interno relativo a esta materia de un pequeño grupo de países. Por consiguiente, habría que prestar más atención a las posiciones de Estados de América Latina, el Caribe, África, Asia y el Pacífico respecto de las garantías procesales en materia de expulsión, así como a las de los Estados Unidos de América y el Canadá. No es necesario para tal estudio entrar en un examen detallado de las leyes nacionales, sino que bastaría con examinar las declaraciones hechas en foros multilaterales, las posiciones adoptadas en los tratados relativos a la expulsión de personas condenadas y los trabajos preparatorios de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y la práctica estatal en materia de expulsión de trabajadores migrantes. Esa información contribuiría a esbozar un panorama más amplio y proporcionaría a la Comisión unas pautas más fiables para determinar las disposiciones que son *de lex lata* y las que se aprobaron *de lege ferenda*.

76. Por lo que respecta a los distintos proyectos de artículo, el proyecto de artículo A1 mantiene la distinción entre los extranjeros que se encuentran en situación regular en el territorio del Estado que expulsa y los extranjeros que entraron ilegalmente en el territorio del Estado. Esa distinción es plausible, pero parece dar a entender que los extranjeros que entraron ilegalmente en el territorio del Estado (especialmente si no llevan residiendo en el país desde hace mucho tiempo) no pueden invocar casi ninguna garantía. El orador comparte la opinión de quienes han recomendado que se reconsidere ese planteamiento. La Comisión podría tomar en consideración adoptar, como mínimo, un esquema tripartito que abarque a las personas que se encuentran en situación regular en el territorio, las personas que se encuentran irregularmente en el territorio pero que llevan en él cierto tiempo y las personas que acaban de llegar y cuya entrada ha sido irregular. En un esquema como este, las tres categorías de personas podrían invocar algunas garantías, pero se otorgaría un nivel de protección más alto a las personas que se hallasen en situación regular en el territorio y quizás a quienes se encontrasen irregularmente en el territorio pero llevaran algún tiempo en él. En tanto en cuanto ese esquema aparentemente está implícito en el enfoque del Relator Especial, el orador entiende que sus observaciones han de considerarse con una petición de que se detallen los efectos del proyecto de artículo A1.

²⁹⁶ Véase la nota 293 *supra*.

²⁹⁷ A/CN.4/565 y Corr.1 (véase la nota 42 *supra*).

77. En cuanto al proyecto de artículo B1, habría que suprimir las palabras «en situación regular» que figuran entre corchetes, a fin de que todos los extranjeros, tanto si se encuentran en situación regular como irregular en el territorio, tengan derecho a la garantía prevista en esta disposición. De lo contrario, el orador propone, con prudencia exagerada, que la disposición comience así: «Un extranjero, tanto si se halla legalmente en el territorio de un Estado como si no, solo podrá ser expulsado [...]». Esto evitaría los argumentos *a contrario* que surgirán inevitablemente si se mantiene el enunciado actual con la supresión de las palabras entre corchetes.

78. Por último, en lo relativo al proyecto de artículo C1, el orador apoya las garantías enumeradas por el Relator Especial, con una excepción tal vez. Está de acuerdo, en particular, con los derechos enumerados en los apartados *a a f* y el apartado *h* del párrafo 1. Sus dudas conciernen al derecho a la asistencia jurídica gratuita a que se refiere el párrafo 1 *g*, que, como han señalado otros oradores, puede plantear dificultades a algunos Estados debido a su falta de medios, como es el caso de varios Estados del Caribe. Por otra parte, es de desear que las personas objeto de expulsión tengan acceso a la asistencia jurídica gratuita. Por eso propone que el proyecto de artículo C1 incluya una disposición que diga que se proporcionará asistencia jurídica gratuita en toda la medida que sea posible teniendo en cuenta los recursos del Estado que expulsa.

79. El proyecto de artículo C1 no trata de distinguir entre extranjeros que se encuentran en situación regular en el territorio de un Estado y otros extranjeros, pero esa distinción se hará al parecer en el proyecto de artículo A1. Si el Relator Especial decide otorgar a los extranjeros en situación regular un nivel de protección diferente del de los que se encuentran en situación irregular, esas distinciones podrían hacerse en el proyecto de artículo C1. Por ejemplo, este podría disponer que una persona que resida legalmente en el país tiene derecho a todos los derechos procesales enumerados en los apartados *a a f* y *h* del párrafo 1, mientras que una persona que se halle irregularmente en él pero haya residido allí durante cierto tiempo tiene derecho a algunos de esos derechos. En última instancia, sin embargo, el orador se inclina por que los derechos enumerados en los apartados *a a f* y *h* del párrafo 1 del proyecto de artículo C1 puedan ser invocados por todos los extranjeros, cualquiera que sea su situación.

80. El Sr. NOLTE dice contarse entre los miembros de la Comisión que proponen que el proyecto de artículos reconozca que los extranjeros que se encuentran ilegalmente en el territorio de un Estado tienen ciertos derechos procesales. El orador propuso que no se remitiera al Comité de Redacción el proyecto de artículo que trataba de ese supuesto fundándose en que dicha disposición necesitaba un estudio más detallado. Apoya la propuesta del Sr. McRae de que el Relator Especial proponga un nuevo proyecto de artículo relativo a los extranjeros que se encuentran ilegalmente en el territorio del Estado, cuyo texto debería ser presentado durante la recapitulación del debate por el Relator Especial a fin de que los miembros de la Comisión puedan dar a conocer inmediatamente cuáles son sus reacciones y remitirlo sin más dilación al Comité de Redacción. Aunque este asunto

no requiere quizás un nuevo debate detallado, versa sin embargo sobre una cuestión que no debería ser discutida solo en el ámbito del Comité de Redacción.

Las reservas a los tratados (continuación) (A/CN.4/620 y Add.1, secc. B, A/CN.4/624 y Add.1 y 2, A/CN.4/626 y Add.1, A/CN.4/L.760 y Add.1 a 3)

[Tema 3 del programa]

DECIMOQUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

81. El PRESIDENTE invita a los miembros a proseguir el examen del decimoquinto informe sobre las reservas a los tratados, en particular las adiciones al mismo (A/CN.4/624/Add.1 y 2).

82. El Sr. GAJA dice que el pensamiento del Relator Especial ha evolucionado en el curso de los 15 años en que ha estado trabajando sobre el tema de las reservas a los tratados. Esto ha conducido a resultados que están muy en consonancia con la Convención de Viena de 1969, pese al lamentable silencio de esta acerca de la cuestión de las consecuencias de las reservas inválidas. La Comisión ha llegado ahora al corazón del problema de las reservas a los tratados.

83. Una de las conclusiones a que ha llegado el Relator Especial a este respecto es que los artículos 20 y 21 de la Convención de Viena de 1969, relativos a la aceptación de las reservas y objeción a las reservas y a los efectos jurídicos de las reservas y de las objeciones a las reservas, respectivamente, no se aplican a las reservas inválidas. Esta conclusión viene a ser corroborada por el encabezamiento del artículo 21, que versa solo sobre «[u]na reserva que sea efectiva* con respecto a otra parte en el tratado de conformidad con los artículos 19, 20 y 23». Una reserva inválida ciertamente no puede considerarse como una reserva que es efectiva de conformidad con el artículo 19 ni, con respecto a las reglas de procedimiento, con el artículo 23.

84. No parece a primera vista que esta posición encuentre el respaldo de la práctica de los Estados, que suele tratar las reservas consideradas incompatibles con el objeto y el fin del tratado como si fueran reservas válidas. Sin embargo, si esa práctica se analiza más atentamente, es posible identificar elementos que confirman la inaplicabilidad de los artículos 20 y 21 a las objeciones a las reservas y las aceptaciones de las reservas. Cabe mencionar, por ejemplo, los numerosos casos en que una objeción a la invalidez de una reserva se plantea después de haber expirado el plazo de los 12 meses siguientes a la fecha de la notificación que se establece en el párrafo 5 del artículo 20 de la Convención de Viena. Los Estados que hacen esas objeciones evidentemente no consideran que el párrafo 5 se aplique también a las objeciones a reservas inválidas. Distinguen, por consiguiente, entre reservas

* Por lo que respecta a la sustitución de «efectiva» por «establecida» en la versión española de la Guía de la Práctica, véase la nota de pie de página señalada mediante un asterisco en la página 45 del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 62.º período de sesiones (Anuario... 2010, vol. II (segunda parte)).

válidas e inválidas y no estiman que el párrafo 5 enuncie una regla general. Un ejemplo de particular interés es el que proporciona la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en relación con la cual unos 19 Estados hicieron una objeción a la validez de determinadas reservas tras la expiración del plazo fijado en el párrafo 5 del artículo 20 de la Convención de Viena. Esos Estados representaban a casi todos aquellos que habían adoptado la práctica de hacer objeciones. Así, los Estados que hacen objeciones son pocos, pero los que las hacen obviamente opinan que a las reservas inválidas se aplica una norma diferente. Estas consideraciones vienen a corroborar la conclusión del Relator Especial.

85. Es necesario expresar más claramente en los proyectos de directriz 2.6.13 (Plazo para formular una objeción) y 2.8.0 (Formas de aceptación de las reservas) que sus disposiciones se aplican solo a reservas consideradas válidas. Tal como están ahora redactados, esos proyectos de directriz parecen tener un alcance más general y aplicarse a cualquier tipo de reserva. La Comisión debería evitar dar la impresión de que la expiración del plazo de los doce meses siguientes a la fecha de la notificación de una reserva puede implicar la aceptación de una reserva inválida.

86. Una segunda conclusión importante a que ha llegado el Relator Especial es que la invalidez de una reserva, cualquiera que sea el motivo, incluso su invalidez a causa de incompatibilidad con el objeto y el fin del tratado, produce siempre los mismos efectos jurídicos. En el proyecto de directriz 4.5.1 el Relator Especial postula la nulidad de pleno derecho de tales reservas, y en el proyecto de directriz 4.5.2 añade que una reserva de este tipo «carece de todo efecto jurídico». Esta conclusión estaría justificada si la cuestión de la validez de la reserva se sometiera a un tribunal internacional competente para dictar una decisión con fuerza de obligar, pero, en la mayoría de los casos, la validez de tales reservas es evaluada por los Estados contratantes. Estos, aunque apliquen criterios objetivos, pueden muy bien sacar conclusiones diferentes. Puede afirmarse que la reserva es nula de pleno derecho, pero solo para los Estados que la consideren inválida. En lo que concierne a los demás Estados, la reserva no es inválida y produce efectos jurídicos.

87. Desde el punto de vista de los Estados que consideran que una reserva determinada es inválida, la reserva no surte efecto alguno, en el sentido de que no produce el efecto deseado, esto es, el de permitir que el Estado autor de la reserva llegue a ser parte en el tratado con el beneficio de la reserva. Sin embargo, está por ver si la reserva debe considerarse por ende como no puesta o si impide al Estado autor de la reserva llegar a ser parte en el tratado —la alternativa enunciada en los párrafos 145 [435] y siguientes del informe. La primera solución (separabilidad de la reserva) fue adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia dictada en el asunto *Belilos c. Suiza* basándose en que la intención del Estado de ser parte en el tratado prevalecía sobre su deseo de mantener una reserva que le impediría llegar a ser parte. En otras resoluciones del mismo Tribunal (*Weber c. Suiza*) y de otros órganos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Hilaire c. Trinidad y Tabago*) y el Comité de Derechos Humanos (*Kennedy c. Trinidad y*

Tabago), la tendencia ha sido hacer caso omiso de la intención del Estado autor de la reserva y limitarse a prescindir del efecto de una reserva considerada inválida como si no hubiera existido nunca. El orador conviene con el Relator Especial en que solo la existencia de la intención de ser parte en un tratado sin el beneficio de la reserva considerada inválida se puede conciliar con el principio del consentimiento en obligarse, que constituye la base de toda obligación contraída en virtud de un tratado.

88. Como se señala en el párrafo 173 [463] del informe, los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos han venido en reconocer la necesidad de determinar la verdadera intención del Estado autor de la reserva; ahora bien, como se indica en el párrafo 174 [464], dichos órganos mantienen que existe la fuerte presunción de que el autor de la reserva preferiría llegar a ser o seguir siendo parte en el tratado, incluso sin el beneficio de la reserva. En el párrafo 191 [481], el Relator Especial establece una presunción similar, aunque más matizada, mientras que la presunción postulada por los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos difícilmente podría refutarse.

89. La actitud de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, cuyo objetivo es proporcionar la protección más amplia posible de los derechos garantizados en virtud de un tratado determinado, es perfectamente comprensible. Sin embargo, la consecuencia de la presunción que preconizan es no atribuir ningún efecto a una declaración hecha específicamente por el Estado autor de la reserva en el momento de la ratificación con objeto de limitar su alcance. Además, la reserva produce efectos con respecto a los Estados que la consideran válida, de modo que el Estado autor de la reserva puede ser parte en el tratado con el beneficio de la reserva. El orador se pregunta por qué hay que presumir que el Estado en cuestión aceptará las obligaciones que le incumben en virtud del tratado de una manera más completa en sus relaciones con los Estados que han hecho una objeción a la validez de la reserva. Parece haber razones válidas para invertir la presunción. Bastaría con indicar que una reserva ha de considerarse como no formulada o, dicho de otro modo, que puede hacerse caso omiso de ella, si tal es la intención del Estado autor de la reserva, sin establecer ningún tipo de presunción.

90. Por último, la sección sobre las reservas inválidas plantea cuestiones cruciales que justifican que la Comisión celebre un nuevo y minucioso debate a fin de encontrar soluciones generalmente aceptadas. Teniendo en cuenta que alcanzar la presente etapa de sus trabajos sobre el tema le ha llevado a la Comisión más de 15 años, no parece irrazonable pedir que se dedique más tiempo a ello. El principal punto de desacuerdo que el orador mantiene con el Relator Especial es la idea de que una reserva se puede dar por nula de pleno derecho una vez que ha sido considerado inválida por uno o varios Estados o por órganos que no son competentes para adoptar una decisión que sea vinculante para todas las partes en el tratado.

91. Sir Michael WOOD dice que la sección en estudio versa sobre la cuestión más difícil quizás de todo el proyecto: los efectos de una reserva inválida. La Comisión debe tratar de resolverla, no vaya a ser que falte algo en

el corazón de la Guía de la Práctica, y decidir si la propuesta del Relator Especial es la correcta, o más bien la menos mala, o si la Comisión debería adoptar un planteamiento diferente.

92. En esta sección, el Relator Especial expone detalladamente la teoría y la práctica relativas a los efectos de las reservas inválidas de forma magistral, lo que de por sí constituye una importante contribución a la doctrina en este difícil campo. Seguidamente propone una solución pragmática que trata de conciliar la teoría con la a menudo confusa y contradictoria práctica de los Estados. Evitando las posiciones extremas adoptadas por ciertos Estados, el Relator Especial propone una presunción *iuris tantum*, o sea, que el Estado autor de la reserva tiene la intención de llegar a ser parte en el tratado y que, si su reserva es sustantivamente inválida, o inválida de otro modo, y por tanto nula de pleno derecho, se puede presumir que el Estado autor de la reserva ha tenido la intención de llegar a ser parte sin la reserva.

93. La principal preocupación del orador es la aplicación práctica de la propuesta del Relator Especial. Como ha observado el Sr. Gaja, a falta de procedimientos de adopción de decisiones vinculantes con intervención de un tercero imparcial, es difícil determinar si una reserva es sustantivamente inválida. Un Estado objetante podría muy bien alegar que es inválida, sin que ello signifique que es así.

94. Si los miembros de la Comisión están de acuerdo con el análisis del Relator Especial, como lo está el orador, hay tres opciones. La primera es la propuesta del Relator Especial (la presunción positiva); la segunda es la presunción opuesta (la presunción negativa); y la tercera es no adoptar ninguna presunción. Sin embargo, si bien está fuera de duda que una reserva sustantivamente inválida es nula de pleno derecho, de eso no se infiere inevitablemente que una reserva se puede separar por ser nula de pleno derecho y que el Estado autor de la reserva puede obligarse por el tratado sin el beneficio de la reserva. Esta idea da pie a importantes objeciones tanto teóricas como prácticas.

95. En lo que concierne a la teoría, la idea podría ser contraria al principio fundamental del derecho de los tratados al que la Comisión ha atribuido siempre gran importancia: el requisito del consentimiento; también podría tener consecuencias en el plano del derecho constitucional. Por ejemplo, el Estado que haya sometido la reserva propuesta al cuerpo legislativo como parte del proceso de ratificación interno deseará que se le garantice que no llegará a ser parte en el tratado en cuestión sin la reserva y sin su consentimiento. El orador saluda los esfuerzos del Relator Especial por salvar esa objeción mediante la elaboración de una norma basada en una presunción que gira en torno a la intención del Estado autor de la reserva. Análogamente, se felicita de que se haga recaer en el Estado autor de la reserva la carga de explicar claramente su posición.

96. Sin embargo, se trata de saber si la presunción del Relator Especial es la adecuada, ya que parece contradecir la idea central de los argumentos que ha formulado en los párrafos 177 [467] a 182 [472] a favor de la presunción positiva. Por ejemplo, el orador no está seguro de que la presunción positiva facilite el «diálogo sobre

reservas». Pone asimismo en entredicho la afirmación del párrafo 179 [469] según la cual no hay que sobreestimar la importancia de la reserva; para ciertos Estados la reserva puede ser crucial. Además, si bien apoya la observación que hace el Relator Especial en el párrafo 181 [471] de que presumir la entrada en vigor del tratado permite garantizar la seguridad jurídica al contribuir a llenar el vacío jurídico entre la formulación de la reserva y la declaración de su nulidad, conviene señalar que es posible que la declaración de nulidad no se haga nunca y, por lo tanto, que el vacío jurídico perdure indefinidamente. En suma, los argumentos aducidos por el Relator Especial en esos párrafos conducen por igual a la presunción positiva o a la presunción negativa.

97. Desde el punto de vista práctico, a no ser que la cuestión de la validez pueda someterse a un tribunal, la presunción positiva aparentemente tendría por efecto dar prioridad al punto de vista unilateral de ciertos Estados contratantes y su imposición al Estado autor de la reserva. El orador teme que resulte muy difícil en la práctica exigir al Estado autor de una reserva que cumpla una obligación convencional a falta de mecanismos que suponen la intervención de un tercero imparcial. Cabe que el Estado que ha presentado la reserva no acepte que la reserva ha desaparecido; el asunto *Belilos* es una excepción.

98. Por todos estos motivos, el orador propone que la Comisión examine si la presunción correcta —asimismo *iuris tantum*— no podría ser al revés que el Estado autor de la reserva no tiene la intención de llegar a ser parte en el tratado sin el beneficio de la reserva, en otras palabras, la presunción negativa. El resultado práctico quizás no sea muy diferente en la mayoría de los casos, pero se salvaguardará el principio del consentimiento, que no es importante solo para el tema que se examina, sino también en el contexto más amplio del derecho de los tratados y el derecho internacional.

99. Es más fácil enunciar las opciones que elegir entre ellas. El Relator Especial ha hecho su recomendación, que, pese a algunos problemas, presenta muchos aspectos favorables. También ha dejado bien sentado que la propuesta no refleja el vigente derecho de los tratados, de suerte que si la Comisión la aprueba surgirá la cuestión de su aplicación retroactiva. En esta coyuntura, sin embargo, lo que importa es que la Comisión apruebe una propuesta clara y viable y aguarde las reacciones de los Estados Miembros. Le gustaría también escuchar las opiniones de otros miembros de la Comisión a este respecto. El orador se inclina por la presunción negativa. Con todo, está dispuesto a sumarse a un consenso basado en la propuesta de una presunción positiva, aunque en este caso la Comisión debería examinar lo que puede hacer, además de lo que el Relator Especial ha intentado en el proyecto de directriz 4.5.4 (Reacciones a una reserva inválida), para conseguir que la propuesta sea viable en la práctica.

100. La siguiente sección del decimoquinto informe, sobre los efectos de las declaraciones interpretativas, las aprobaciones, las oposiciones, el silencio y las recalificaciones, proporciona una excelente reseña de la naturaleza y los efectos de las declaraciones interpretativas de los tratados. El orador no tiene ninguna observación que hacer al proyecto de directriz 4.7.4. Los proyectos de

directriz 4.7 (Efectos de una declaración interpretativa), 4.7.1 (Aclaración de los términos del tratado por una declaración interpretativa) y 4.7.3 (Efectos de una declaración interpretativa aprobada por todos los Estados contratantes y organizaciones contratantes), que versan sobre la interpretación de los tratados, son aceptables. Tal vez el proyecto de directriz 4.7 por sí solo sería suficiente, pero si la Comisión entiende que los tres proyectos de directriz son útiles, el orador no tiene nada que objetar. En cambio, estima que el proyecto de directriz 4.7.2 (Valor de una declaración interpretativa con respecto a su autor) no debería figurar en la Guía de la Práctica. El análisis que conduce a la propuesta es breve y poco convincente. Si se aprueba el proyecto de directriz, ello querrá decir que un Estado que hace una declaración interpretativa no podrá invocar una interpretación contraria a la que consta en su declaración. Se verá, pues, en la imposibilidad de hacer una interpretación alternativa a la de su declaración interpretativa, aun cuando la interpretación alternativa sea correcta. Puede haber casos en que una declaración interpretativa dé lugar a *estoppel* (doctrina de los actos propios) o la aplicación del principio de preclusión, pero es improbable que tales casos sean frecuentes.

101. En conclusión, el orador es partidario de remitir todos los proyectos de directriz propuestos en las dos últimas secciones del informe al Comité de Redacción, a excepción del proyecto de directriz 4.7.2. El Comité de Redacción quizás tenga que examinar más cuidadosamente los proyectos de directriz 4.5.3 ([Aplicación del tratado en caso de reserva inválida] [Efectos de la nulidad de una reserva sobre el compromiso de obligarse por el tratado]) y 4.5.4 (Reacciones a una reserva inválida), bien para invertir la presunción positiva, o bien para tratar de aclarar cómo se aplicará en la práctica la propuesta del Relator Especial.

102. El Sr. McRAE dice que, en general, el tratamiento que el Relator Especial ha dado a la cuestión de las reservas inválidas no le plantea ningún problema de fondo. El Sr. Gaja ha suscitado el problema del momento en que se puede considerar que una reserva es nula de pleno derecho. Mucho antes de que el asunto sea resuelto por un tribunal independiente, quizás las partes en el tratado decidan por sí mismas. El orador no está seguro de que seguir reflexionando permita necesariamente llegar a una solución fácil. Tal vez lo máximo que cabe esperar es que la Guía de la Práctica proporcione a los distintos Estados una pauta para evaluar si una reserva es nula de pleno derecho; si se hacen objeciones, el asunto puede llevarse entonces ante un órgano independiente para que decida.

103. El orador pone en tela de juicio que los proyectos de directriz 4.5.1 (Nulidad de una reserva inválida) y 4.5.2 (Ausencia de efectos jurídicos de una reserva inválida) sean ambos necesarios, ya que afirmar que una reserva es nula de pleno derecho parece sinónimo de decir que carece de todo efecto jurídico. El Comité de Redacción debería examinar este punto.

104. En cuanto a la cuestión más de fondo del proyecto de directriz 4.5.3, el orador considera que la propuesta del Relator Especial de una presunción positiva, esto es, separación de una reserva inválida a menos que la parte autora de la reserva manifieste la intención contraria,

es preferible en principio a las otras alternativas. Sir Michael Wood ha llamado la atención sobre los problemas prácticos que plantea esa propuesta y ha expresado su preferencia por la presunción negativa. No obstante, el orador sospecha que esta puede dar lugar exactamente a los mismos problemas que la presunción positiva y que un nuevo debate solo pondría de relieve las ventajas e inconvenientes simplemente para lograr el mismo resultado. La ventaja de la presunción positiva es que se centra en la intención del Estado autor de la reserva. La hipótesis de que tiene la intención de ser parte en el tratado parece un punto de partida más adecuado que la hipótesis de que no desea ser parte en él, ya que promueve la participación en el tratado.

105. Pasando a considerar la sección sobre los efectos de las declaraciones interpretativas, las aprobaciones, las oposiciones, el silencio y las recalificaciones, el orador se felicita por el hecho de que el Relator Especial considere que las declaraciones interpretativas condicionales tienen los mismos efectos que las reservas, aunque hubo un tiempo en que esta opinión no tenía el respaldo de todos los miembros de la Comisión. Apoya todos los proyectos de disposición propuestos por el Relator Especial a excepción del proyecto de directriz 4.7.2, con respecto al cual comparte las preocupaciones expresadas por Sir Michael Wood. Ese proyecto de directriz tiene por objeto impedir que el autor de una declaración interpretativa formule una interpretación que esté en contradicción con la propuesta en su declaración. Aunque no se indica explícitamente en el proyecto de directriz, se deduce implícitamente del informe que el autor puede retirar o modificar en cualquier momento la declaración interpretativa. El orador no alcanza a comprender por qué el autor no puede retractar su declaración sin retirarla ni modificarla formalmente y no está de acuerdo con el razonamiento del Relator Especial a este respecto.

106. En el párrafo 255 [545], el Relator Especial justifica su planteamiento como «un corolario del principio de buena fe», aduciendo que no se basa necesariamente en el *estoppel* (doctrina de los actos propios); sin embargo, en el párrafo 257 [547] afirma que el autor ha creado expectativas en las demás partes contratantes que, de buena fe, pueden tenerla en cuenta y confiar en ella, y esto suena mucho a *estoppel*. El alcance del proyecto de directriz es demasiado amplio. Puede muy bien darse que las partes en un tratado hayan confiado en una declaración interpretativa hecha por un Estado y que, sin aceptarla expresamente, hayan adaptado su comportamiento de acuerdo con esa declaración. En tales circunstancias, el autor no debería poder expresar una opinión contraria y en realidad quizás esté obligado por ella, aunque probablemente como resultado de la práctica ulterior conforme al tratado y no a causa del carácter vinculante de la declaración misma. El autor de la declaración interpretativa siempre puede retirarla, pero puede seguir estando obligado como resultado del comportamiento que ha generado entre las otras partes en el tratado.

107. Ahora bien, cuando un Estado haga una declaración interpretativa y no haya indicios de que se ha confiado en ella sino que, por el contrario, hechos ulteriores, como una resolución judicial, hagan que la interpretación propuesta en la declaración sea menos plausible, el orador

se pregunta por qué un Estado, que muchos años después puede haber olvidado su declaración interpretativa inicial, ha de verse impedido de adoptar una posición contraria. El enfoque adoptado en el proyecto de directriz 4.7.2 tiene en cierto modo un resultado perverso en el sentido de que un acto sin consecuencias jurídicas para otros Estados produce un efecto jurídico búmeran en su autor. Aunque en el párrafo 256 [546] el Relator Especial niega que el autor de una declaración interpretativa quede obligado por la interpretación formulada, esto es lo que ocurre implícitamente.

108. No obstante el título del proyecto de directriz, el Relator Especial explica en el párrafo 258 [548] que la limitación no se aplica solo al autor, sino también a cualquier Estado u organización que apruebe la interpretación propuesta en la declaración interpretativa, que también debe abstenerse de invocar una interpretación diferente. La disposición va demasiado lejos si no se trata de un caso de *estoppel* y, aun en este caso, quizás se aplique solo entre el autor y el Estado que aprueba, y no a terceros Estados. El orador no está de acuerdo con Sir Michael Wood en que haya que suprimir el proyecto de directriz, pero propone que se limite su alcance añadiendo al final de la disposición lo siguiente: «cuando otras partes contratantes se hayan basado en esa interpretación y hayan actuado en consecuencia».

109. El Sr. PELLET (Relator Especial), para prevenir todo debate ulterior sobre el proyecto de directriz 4.7.2, se declara convencido de que la versión actual de esta disposición tiene un alcance demasiado amplio y debe modificarse. No es partidario, en cambio, de que se suprima.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

3066.ª SESIÓN

Viernes 16 de julio de 2010, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Nugroho WISNUMURTI

Miembros presentes: Sr. Caffisch, 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, Sr. Wako, Sir 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 (conclusión)

1. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a recapitular el debate sobre su sexto informe relativo a la expulsión de extranjeros (A/CN.4/625 y Add.1 y 2).

2. El Sr. KAMTO (Relator Especial) dice que, antes de proceder a la recapitulación del debate propiamente dicha, se referirá primero a algunas observaciones de carácter general formuladas por miembros de la Comisión, pasará después a examinar ciertas cuestiones metodológicas y de fondo planteadas por varios Estados y reiteradas durante el debate en sesión plenaria por algunos miembros y, por último, tratará de la propuesta de reordenación de los proyectos de artículo.

3. Dos miembros de la Comisión han reiterado su conocida opinión de que la Comisión no debía ocuparse del tema de la expulsión de extranjeros, en un caso por entender que no existían normas generales de derecho internacional en esta materia y que, por consiguiente, el tema correspondía al ámbito del derecho interno de los Estados y no al del derecho internacional, y en el otro por considerar que el tema correspondía a la esfera de las negociaciones diplomáticas y, por lo tanto, se escapaba a la del trabajo técnico que se esperaba de la Comisión. Esos miembros coinciden a este respecto con la posición expresada por dos o tres delegaciones en la Sexta Comisión.

4. Ante la persistencia de esta opinión, el Relator Especial señala, en primer lugar, que todos los temas que examina la Comisión, sin excepción alguna, son temas de negociación. No conoce ni un solo caso en que proyectos de artículo elaborados por la Comisión, por admirables que fueran, hayan llegado a ser directamente disposiciones convencionales, sin pasar por una conferencia diplomática. Si esto ha sido así en lo referente al derecho de los tratados —del que cabría decir que versa sobre normas generales y técnicas jurídicas, y no de una manera concreta, factual—, con mayor razón aún debería serlo respecto de los demás temas. ¿No ayudaron los trabajos de la Comisión sobre los crímenes internacionales²⁹⁸ a la elaboración del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, y no se podría considerar que los relativos a los cursos de agua internacionales²⁹⁹ versaban sobre un tema de negociación?

5. En segundo lugar, ¿es exacta la idea de que solo existen normas establecidas en derecho internacional en materia de expulsión de extranjeros y que los proyectos de artículo propuestos hasta ahora no son más que un conjunto de elementos *de lege ferenda*? A tenor del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, son cuatro las fuentes de las que se pueden extraer normas codificables: las convenciones internacionales, la costumbre, los principios generales de derecho reconocidos por las naciones, la jurisprudencia y, de manera accesoria, la doctrina. El Relator Especial trabaja a partir de esas cuatro fuentes, y es solo cuando no existe ninguna norma proveniente de una fuente convencional, universal o regional, de una fuente consuetudinaria incontestable o de la jurisprudencia internacional, que propone una norma a título de desarrollo progresivo, bien porque no se apoya más que en algunas prácticas nacionales

²⁹⁸ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), cap. II, proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, pág. 19, párr. 50.

²⁹⁹ *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), cap. III, secc. D, proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, pág. 95, párr. 222.